

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

BÁRBARA ALVES SOARES

**PROVAS ILÍCITAS E O EXAME DNA COMO PROVA NO
PROCESSO PENAL.**

BRASÍLIA
2013

Bárbara Alves Soares

PROVAS ILÍCITAS E O EXAME DNA COMO PROVA NO
PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso – TCC
apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília como requisito à obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Orientador: Pedro Ivo R. Velloso Cordeiro

Banca Examinadora:

Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Bruno Freire de Carvalho Calabrich

TCC apresentado em ____ de dezembro de 2013.

Prof. Pedro Ivo R. Velloso Cordeiro

Ela Wiecko

Bruno Calabrich

“A lei não deve ser observada simplesmente por ser lei, mas por aquilo que ela realiza de justiça. Cumprir a lei fielmente não significa subdividi-la em observâncias minuciosas, criando uma burocracia escravizante; significa, isto sim, buscar nela inspiração para a justiça e a misericórdia, a fim de que o homem tenha vida e relações mais fraternas” (Comentários a Mateus, 5: 17-20).

AGRADECIMENTOS

O simples momento de redigir esse agradecimento carrega em si imenso significado, símbolo de conclusão, de reconhecimento, conquista e gratidão. Significa uma conclusão não apenas dos últimos cinco anos de curso, mas de todos os anos em que a escolha pelos estudos significou a abdicação de tantas outras possibilidades, na história da minha família, saída de um cenário de dificuldades no Nordeste, e mais especialmente de meus pais.

Agradeço primeiramente a Deus, sem o qual a vida tampouco os sonhos seriam possíveis. Depois aos meus pais, que de quase nada deixaram de abdicar em prol dos nossos estudos.

Ao meu pai, sempre devoto, presente e amigo, minha base mais sólida, responsável pela transmissão da minha consoladora religião e dos mais altos valores morais.

À minha mãe, exemplo ímpar de perseverança, superação, autoconfiança e otimismo.

À minha vó, que além de maior exemplo de força e fé, foi quem primeiro me instigou o sentimento de justiça e equidade.

Meu avô, grande exemplo de homem com pé no chão e regido incessantemente pela humildade.

A toda minha família, que sempre confiou nas minhas capacidades e esteve sempre presente atenuando os dissabores dos dias menos iluminados ou celebrando cada vitória conquistada.

Aos meus amigos que nos corredores do dia-a-dia davam cor, significado e alegria às obrigações mais gris. Agradeço especialmente às minhas queridas amigas Andréa, Paula, Gabriela, Caroline e Flaviane que ressignificaram apoio e fraternidade.

Ao meu namorado, fonte inquestionável de carinho, acalento, paciência, confiança e torcida. Essencial nos momentos mais incertos que precederam as grandes conquistas.

Ao meu orientador, fundamental para a realização de todo esse trabalho, quem com paciência, responsabilidade e extremo profissionalismo me guiou em cada etapa.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar os critérios que determinam a licitude da utilização do exame DNA como prova no processo penal. Visa ainda abordar sinteticamente as possíveis consequências da autorização dada pelo ordenamento nacional para realização da identificação genética com fins penais frente ao princípio do *Nemo Tenetur se Detegere*, bem como ao direito à privacidade, intimidade, e outros direitos fundamentais.

Consequências até então pouco exploradas e que, à luz da permissividade da norma autorizadora da identificação genética com fins penais, requer um tratamento jurídico mais responsável e consentâneo com o Estado Democrático de Direito.

O debate aprofunda-se à realização do exame DNA em situações em que há recusa do sujeito passivo em colaborar com o teste, diante do que se apresenta a proporcionalidade como possibilidade de superação de uma aplicação literal e questionável do direito a não autoincriminação, e permite uma solução que reflita melhor a justiça no caso concreto, sem autorizar desarrazoadamente uma atuação Estatal ilimitada, tampouco a impunidade.

Palavras-chave: prova ilícita - identificação genética - *Nemo Tenetur se Detegere* - direito à privacidade - privacidade genética – proporcionalidade - intervenção corporal - provas não invasivas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO 1

1.1 A prova

1.2 Limitação do direito à prova

1.3 Inadmissibilidade das provas ilícitas

2. Proporcionalidade

3. *Nemo Tenetur se Detegere* e a verdade no processo penal

4. Provas que dependem da colaboração do acusado

5. Provas que implicam intervenção corporal

6. Exame de DNA como prova no processo penal

7. Provas não invasivas

8. A coleta de material genético como identificação criminal e o *Nemo Tenetur se Detegere*.

CAPÍTULO 2

2.1 DNA como prova no processo penal e o direito à privacidade genética

2.2 Análise de casos

A) Caso Gloria Trevi

B) Caso Roberta Jamilly

2.3 A admissibilidade das provas não invasivas

CAPÍTULO 3

3.1 Métodos não invasivos e consentimento do sujeito passivo como critérios para a admissibilidade do exame de DNA como prova no processo penal

3.2 Admissibilidade na determinação do exame DNA sem consentimento do indivíduo e o temperamento do *Nemo Tenetur Se Detegere* à luz na proporcionalidade

3.3 O exame de DNA obtido sem o consentimento do sujeito passivo aceito como prova no processo penal e a sentença que o determina.

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

Tem recebido amplo destaque atualmente a questão das provas obtidas sem o consentimento do indivíduo, através de intervenção corporal e a (des)consideração que princípio do Nemo Tenetur se Detegere tem tido na prática. A maior polêmica surge com o exame de alcoolemia que, embora optativo, faz gerar a presunção contra o indivíduo na esfera administrativa, responsabilizando-o ainda que ele se negue a contribuir com o exame.

No entanto, outro importante desdobramento do tema que causa importante inquietação envolve as provas obtidas por meio da identificação genética sem o consentimento do sujeito passivo. Sendo que, nesses casos, além da complexidade da violação ao Nemo Tenetur se Detegere, também presente na análise da constitucionalidade da atual forma de realização da prova de alcoolemia, têm se sensíveis desdobramentos na esfera da privacidade, sobretudo genética do indivíduo. É importante a análise e a compreensão dos limites na obtenção de tais provas, pois, desvendando ilimitadamente a identidade genética de indivíduos, o Estado tem em suas mãos uma gama de informações talvez excessivas sobre o indivíduo e sua família, que podem acabar mal utilizadas.

A Constituição da República de 1988 previu em seu art. 5º, LVIII, que o civilmente identificado não fosse submetido à identificação criminal, pelo grau de intervenção da medida que se mostra desnecessária no caso do sujeito já ser suficientemente qualificado por meio de dados constantes em documentos civis.

Contudo, o dispositivo constitucional previu também exceção a essa regra, permitindo que a lei pudesse prever hipóteses que, mesmo identificado civilmente, o indivíduo suspeito também fosse submetido à identificação criminal.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por escopo analisar a utilização do exame de DNA – que além de identificar constitui fonte probatória – no processo penal, atualmente permitido por nossa legislação, e de inevitável observação no processo penal como prova desde então. O estudo pretende verificar ainda consequências e os limites ao uso dos dados genéticos dos acusados e condenados principalmente à luz do princípio do Nemo Tenetur se Detegere e do direito à privacidade do indivíduo que se recuse a se submeter ao exame.

Nesse sentido, irá abordar, de um lado, a tensão existente entre a violação de alguns direitos fundamentais relativizados pela realização do exame e, de outro lado, outros que se possa garantir através do uso da identificação genética como prova no processo penal.

Para tanto, realizará análise bibliográfica acerca do tema, bem como a análise de dois casos concretos paradigmáticos que demonstram o atual posicionamento jurisprudencial acerca da admissibilidade ou não do exame DNA no processo penal realizado sem anuência do indivíduo submetido ao teste.

Assim, buscar-se-á identificar quais as situações em que o exame de DNA possa validamente servir como prova no processo penal ainda que realizado sem o consentimento do sujeito passivo.

A questão possui extrema relevância frente à atual legislação nacional que permite genericamente - e sem previsão de recusa do suspeito em atenção ao princípio da não autoincriminação - que a identificação criminal por meio da coleta de material biológico seja realizada quando for “essencial” às investigações policiais ou obrigatoriamente (e então sem permitir sequer o arbítrio judicial) nos casos de condenados por crimes dolosos praticados com violência de natureza grave contra a pessoa ou por crimes hediondos.

A preocupação em torno do tema que motivou essa pesquisa reside ainda nas características da sociedade contemporânea, em que o sistema capitalista rege o alto valor do poder da informação e a tendência atual na obtenção das informações genéticas dos indivíduos de maneira indiscriminada a compor verdadeiro banco de dados dos cidadãos. Assim, imprescindível ao Direito verificar os riscos nessa ampliação da admissibilidade da intrusão Estatal na esfera individual genética bem como se atentar aos interesses econômicos e corporativistas que estão por trás de alguns avanços tecnológicos, mesmo quando estes contribuem indubitavelmente para a eficácia de seu próprio ordenamento. Preocupa sobretudo a função da qual tem se escapado o direito em limitar avanços regidos sobre fundamentos eminentemente científicos e adicionar à lógica de eficiência da ciência valores constitucionais e caros à sociedade. Nessa seara, esse trabalho identificará alguns critérios para sopesamento pelo sistema do Direito entre a utilização do exame de DNA no processo sem o consentimento do sujeito e princípios constitucionais como a não autoincriminação e direitos como à privacidade genética.

Desta feita, diante de permissivo demasiadamente amplo sobre o que seria essencial às investigações, não trazendo a legislação ainda quais seriam os requisitos da decisão judicial que autoriza a realização do exame, ao prever apenas que seja através de mero “despacho” da autoridade judicial, verificar-se-á as possíveis consequências e

implicações da complacência do atual tratamento jurídico em relação aos direitos à privacidade genética em razão da realização do exame em detrimento de outros direitos fundamentais e, de outro lado também, quando a proporcionalidade impende a relativização destes direitos para a determinação do exame mesmo sem a anuência do sujeito passivo.

Considerando tais objetivos, o primeiro capítulo tratará os conceitos importantes à discussão do tema, como a definição, importância e finalidade da prova no processo, bem como suas limitações e ilicitudes; o princípio do *Nemo Tenetur se Detegere* como critério para a inadmissibilidade de provas obtidas mediante sua violação e o princípio da proporcionalidade a realizar a relativização da inadmissibilidade das provas ilícitas. Abordará ainda a limitação da busca pela verdade processual e o direito do acusado em não colaborar com provas que necessitem de sua contribuição ativa. Tratará do exame DNA como importante contribuição científica a servir de prova no processo penal e as formas de obtenção de amostras biológicas que o viabilizem, sendo elas invasivas ou não invasivas. Por fim, analisará com brevidade o recente posicionamento da Suprema Corte americana acerca da realização do exame DNA sem decisão judicial e sugerirá se tal posicionamento adotado pela corte norte americana seria viável no atual ordenamento brasileiro.

No segundo capítulo será apresentada a questão sobre a admissibilidade do exame de DNA realizado sem o consentimento do sujeito passivo como prova no processo penal. Além disso, ressaltará sinteticamente as consequências de uma admissão excessivamente permissiva da violação da privacidade genética sob o argumento da eficácia do exame para a contribuição da verdade do processo. Para enriquecer a análise, serão analisados casos paradigmáticos, um dos quais revela o posicionamento do STF sobre o tema ressaltando a vedação de utilização não consentida de técnicas invasivas para obtenção de tais provas e a proporcionalidade entre os direitos fundamentais preservados com a realização do exame como prova e o grau de intervenção que a medida gerará sobre o sujeito passivo.

Por fim, o capítulo três abordará os critérios utilizados na análise da admissibilidade de tais provas, como, por exemplo, decisão legitimamente fundamentada determinando a essencialidade da medida para a apuração do delito, que perpassasse ainda a proporcionalidade do grau de intervenção da medida frente aos direitos fundamentais com ela preservados.

CAPITULO 1

1. A PROVA

O termo prova como tantos outros termos utilizados no vocabulário jurídico origina-se do latim, no caso, do termo “*probatio*”, que significa verificação, confirmação, exame, reconhecimento, etc. Provar, portanto, significa atestar a existência ou qualidade de alguma coisa. Conforme Camargo Aranha, a prova “representa sempre o meio utilizado pelo homem para, através da percepção, demonstrar uma verdade.”¹

Conceitua, por sua vez, o italiano Nicola Malatesta que prova é “ O meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”²

A prova é o elemento integrador da convicção do juiz. É o instrumento de reconstituição da verdade de fato passado para uma análise posterior por seus destinatários, que não participaram do evento. Deve proporcionar uma reconstrução histórica do fato, ser capaz de reproduzir aos julgadores as questões suscitadas, possibilitando a posterior verificação de autenticidade e valoração do alegado pelas partes.

Possui como tarefa reconstruir no momento processual presente uma realidade passada, papel intertemporal esse bem explicitado por Aury Lopes:

"Isso decorre do paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário: um juiz julgando no presente (hoje), um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã).“³

Enquanto vigente o modelo processual das provas tarifadas, a construção do convencimento se baseava no sistema da prova legal: os fatos, o modo como eles seriam provados e valorados deveriam ser previstos pontualmente na lei. Hoje, com o avançar do pensamento filosófico e da história política vige o sistema da liberdade probatória, com

¹ ARANHA. Adalberto José, Q.T de Camargo. Da prova no processo penal. Editora Saraiva, 2004, fls. 05.

²MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal. Tradução e notas de Ricarco Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, pg.15.

³LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Volume 1, 7 ed. Ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro: 2011. p. 517.

grande evolução da liberdade dos meios de prova, o que traz, todavia, alguns inconvenientes, como, por exemplo, eventual produção de uma prova ilícita.

Assim, possíveis exacerbações da liberdade do direito à prova devem ser limitadas, sobretudo, com parâmetro nos direitos sociais - tais quais a liberdade e a intimidade -, na dignidade humana e nos direitos fundamentais.

A centralidade da matéria é comum à própria questão de acesso à justiça. Na atual concepção de sistema acusatório, para se garantir o direito à ação de forma material, é necessário que se possa não apenas provocar o exercício da jurisdição, mas ver realmente apreciada e valorada a pretensão deduzida a juízo. Para tanto, a fim de se garantir o provimento jurisdicional adequado, é necessário, sobretudo, poder provar o que em um primeiro momento fora somente alegado.

Nas palavras de Rachel Pinheiro "aquele que simplesmente alegar sem demonstrar efetivamente, por meio de provas, o direito material pleiteado poderá vir a ter seu pedido julgado improcedente, ainda que de fato tenha razão"⁴.

Portanto, de suma importância determinar os limites das provas que poderão ser produzidas pelas partes, que as produzirão segundo sua interpretação e intenção de reconstituir os fatos pretéritos e garantir o convencimento judicial segundo sua percepção do caso. Conclui-se, desta feita, que a limitação do direito à prova com bases na sua licitude influi diretamente no direito à ação e na perspectiva de realização da pretensão das partes.

Sobre a relação entre a expectativa da parte de ver realizada sua pretensão e o ônus da prova, ressalta Humberto Theodoro Junior:

"Há um simples ônus de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente".⁵

⁴ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*, 2ªed, revista e ampliada. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004., fl.01/02.

⁵ THEODORO, JR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 22ªed, vol I, Rio de Janeiro: Forense, 1997, P.423.

No que tange à esfera penal, especificamente, caso se destinem à condenação do acusado, as provas devem ser capazes de convencer suficientemente o julgador de maneira a sobrepujar o princípio da inocência.

Assim, as provas destinam-se a duas principais finalidades: comprovar a verdade de determinados fatos ao julgador e justificar perante a sociedade a regularidade da decisão dada, servindo de base para sua fundamentação.⁶

Ao convencer o magistrado da veracidade de determinados fatos alegados, forma-se a verdade processual, que no Processo Penal deve-se aproximar e corresponder tanto quanto possível à verdade real dos fatos, tendo em vista o potencial grau de lesividade e interferência que pode gerar na vida do particular.

Na sua dita segunda finalidade, a prova fundamentaria a decisão prolatada, gerando uma espécie de consenso social acerca da medida e legitimando o pronunciamento do magistrado.

Isso porque no sistema do livre convencimento motivado, apesar de livre para formar sua convicção, o magistrado deve obrigatoriamente fundamentá-la de maneira racional para eventual argumentação contrária no exercício do direito ao recurso. Assim, a prova formada no contraditório judicial será o embasamento da decisão e sua fundamentação argumentativa; terá limitação encontrada na lei, uma vez que o juiz é livre para apreciar e valorar somente as provas válidas.

1.2 LIMITAÇÃO DO DIREITO À PROVA

Dentre os mais notórios princípios que fundamentam as provas no processo penal está a vedação das provas obtidas por meios ilícitos. Garantia constitucional expressamente prevista no art.5º, LVI, CRFB/88, também se extrai do devido processo legal e da redação do art. 157, caput, Código de Processo Penal. Como exposto, o princípio de proibição à utilização de provas ilícitas tem ainda por escopo servir de limitação ao princípio da liberdade probatória.

⁶PRADO, Leandro Cadenas. Provas ilícitas. Teoria da interpretação dos Tribunais Superiores, Ed. Impetus, 2009, fl.04

Desta feita, não sendo o direito à prova absoluto, para ser legítima, portanto, a prestação jurisdicional deve se basear em provas validamente apresentadas em juízo, obedecendo aos princípios do devido processo legal e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (Art. 5º, LIV e LVI, CRFB/88).

A busca pela verdade não pode se tornar um valor absoluto em si. Quando um Estado se diz Democrático de Direito, não pode permitir uma busca a qualquer preço por uma verdade dita real. O passado é o melhor professor dos desastrosos efeitos de uma busca incessante e ilimitada da verdade desejada, tendo registrado cruéis incidentes de tortura e sacrifícios para tanto.

Não sendo a verdade absoluta, a busca por comprová-la também sofre restrições. Nesse sentido, discorre Renato Brasileiro acerca das limitações constitucionais à atividade probatória do Estado:

“A eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo.”³

Ora, se a persecução do processo penal tem por finalidade apurar responsabilidades na prática de ilícitos, atribuídos a atos violadores dos preceitos constantes da legislação penal, seria completamente incoerente e contraditório que o mesmo Estado punitivo viesse, a seu tempo, se valer de métodos contrários à lei para comprovar subsunções, sob pena de deslegitimar e enfraquecer todo o sistema punitivo.

Além disso, tem-se a elementar questão de proteção aos direitos e garantias fundamentais desencadeando a inadmissibilidade das provas ilícitas, bem demonstrada nas palavras de Roxin: "A averiguação da verdade não é um valor absoluto no processo penal; antes, o próprio processo penal está impregnado pelas hierarquias éticas e jurídicas do nosso Estado".⁷

⁷ ROXIN, Claus. Derecho Procesal penal. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2000, p.191.

Partindo-se do ponto de que a verdade tratada judicialmente não se pretende absoluta, mas a verdade processual e válida, e ainda, quando os próprios direitos fundamentais não são dotados de caráter absoluto (quanto menos seria o direito à prova concebido de forma ilimitada ou à custa da dignidade humana) então se pode compreender que limitar o direito à prova pode se identificar como proteção ao indivíduo frente à desenfreada persecução penal do Estado, garantindo sua liberdade pública.

No entanto, deve-se atentar e a todo custo negar o extremismo oposto de tornar tal limitação um instrumento de proteção a uma inaceitável impunidade. O temperamento entre a funcionalidade e eficácia da persecução penal e o direito fundamental individual em questão se dará, sobretudo, com base na proporcionalidade, valorando os direitos confrontados com vistas ao caso concreto, conforme tratar-se-á adiante.

Embora não devam ser os direitos humanos utilizados de maneira inadequada visando assegurar a impunidade, eles representam importante instrumento a favor do indivíduo frente a possíveis atuações estatais violadoras dos seus direitos fundamentais.

Nesse sentido, impõe-se ao processo penal - que se reconheça em conformidade constitucional - observar limitações à atividade de persecução probatória, algumas delas decorrentes do princípio do *Nemo Tenetur se Detegere*, que, se violado, poderá gerar provas consideradas ilícitas.

1.3 INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Provas genericamente ilícitas são aquelas provas obtidas com violação à lei, como por exemplo, uma escuta não autorizada, uma prova obtida mediante tortura, violação de correspondência, etc. São provas proibidas, inadmissíveis no processo, e se dividem entre provas ilegítimas e ilícitas em sentido estrito.

A distinção tem sido feita didaticamente em razão do direito violado: uma prova que violasse o direito material seria uma prova ilícita; e a violação ao direito processual geraria uma prova ilegítima. No entanto, na prática, tanto as provas ilegítimas quanto as ilícitas acarretam os mesmos efeitos, ou seja, ambas são inadmissíveis no processo.

Normalmente, a proibição do uso de provas ilícitas volta-se à preservar a qualidade do material probatório bem como à proteção de direitos individuais geralmente atingidos pelas atividades investigatórias: como o direito à vida, à intimidade, à privacidade, o direito à imagem e à inviolabilidade do domicílio, entre outros.

Existem situações em que determinada prova pode ser tida por lícita ou ilícita a depender da circunstância, como, por exemplo, a prova obtida através de escuta telefônica. Por força do art. 5º, XIII, CRFB/88 as comunicações telefônicas seriam invioláveis, ou seja, uma prova obtida por meio de escuta telefônica seria uma prova ilícita, em uma primeira análise. No entanto, o mesmo dispositivo trouxe uma exceção, em que a violação da comunicação telefônica para fins de investigação criminal ou instrução processual penal seria válida, desde que observada, para tanto, a reserva de jurisdição. Desta feita, ainda que obtida mediante escuta telefônica, desde que autorizada judicialmente, a prova será lícita.

De outro lado, ressaltam alguns autores que existem determinadas provas que seriam sempre ilícitas, independente da circunstância, como no exemplo de Leandro Cadenas⁸, um documento com assinatura falsificada apresentado como prova em um determinado processo.

Cumprir observar, todavia, que a Constituição não especificou claramente critérios que definiriam objetivamente a ilicitude ou não das provas processuais. Vale, portanto, o juízo feito quanto a uma possível violação a direito material para obtenção da prova, que a tornaria ilícita. No entanto, esse juízo acarretará, em determinados casos, um sopesamento com base na proporcionalidade ou nas excludentes de ilicitude trazidas no Código Penal, e que poderá concluir pela licitude e validade da prova, ainda que viole em aceitável e determinado grau um direito material.

Assim, provas em princípio ilícitas que, no entanto, tivessem sido obtidas por agentes movidos por uma das causas de justificação, quais sejam, estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito, seriam lícitas e consideradas válidas no processo. Nestes casos de exclusão da ilicitude por ocorrência de uma das causas de justificação quando da obtenção da prova, o próprio legislador realizou a ponderação entre o direito violado e a finalidade defensiva. Outrossim, a proporcionalidade poderá determinar em outros casos a admissibilidade de provas obtidas mediante violação de regras de direito material, conforme se explicitará adiante. Nestes casos,

⁸ PRADO. Leandro Cadenas. *Provas ilícitas. Teoria e interpretação dos Tribunais Superiores*. 2ª ed, editora impetus, 2009, p. 12

a ponderação não é realizada pelo legislador somente, mas pelo juiz que decidirá a questão embasado nos critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade.

Em regra, entretanto, as provas obtidas através de violação ao direito material seriam inadmissíveis no processo, em homenagem ao art. 5º, LVI, CRFB/88, e acarretariam penalidades, previstas na legislação penal, ao infrator. A legislação infraconstitucional também prevê a inadmissibilidade das provas ilícitas no art. 157 do Código Processo Penal, alterado pela Lei 11.690/2008.

Em conclusão, na classificação de Denílson Feitoza⁹, fundamentado na acima referida previsão constitucional, as provas ilícitas seriam as que violassem normas constitucionais tanto material quanto processual e normas legais de direito infraconstitucional material.

Exorta Pacelli sobre a importante função da proibição das provas ilícitas no processo penal:

“Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo em que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.

10

A inadmissibilidade seria estendida também às provas decorrentes ou derivadas das provas ilícitas, quando, por exemplo, uma escuta não autorizada indicasse a localização de um objeto a ser apreendido como prova material do crime. Nesse caso, tanto a escuta quanto a

⁹ PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual Penal*, p.119.

¹⁰ PACELLI. Eugênio, *Curso de Processo Penal*, 17ª edição, editora atlas, 2013, p.343.

busca que ela desvendou, ainda que esta tenha sido autorizada judicialmente, serão ilícitas, porque viciadas pela ilicitude inicial.

Essa inadmissibilidade das provas derivadas é encartada na Teoria dos frutos da árvore envenenada, com origem no instituto do direito norte-americano “fruits of the poisonous tree.”, positivada no direito brasileiro na redação do art. 157, §1º, Código de Processo Penal, e que impede a validade processual das provas que guardem nexos com a prova ilícita, considerando que aquelas ficariam contaminadas pela ilicitude desta:

Art.157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais

§1º—São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras

§2º—Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Vale acrescentar, em síntese, que a análise deve se basear sempre na verificação da existência de nexo de causalidade entre uma segunda prova obtida e a prova originariamente ilícita, de forma que, na ausência de nexo, aplica-se a exceção da fonte independente (parte final art. 157, §1º e §2º, CPP), garantindo-se a validade da prova não contaminada, ou, autonomamente obtida.

O Supremo Tribunal Federal em seus julgamentos tem demonstrado refletir essa posição, observada, por exemplo, no julgamento do RHC 90370, do qual se destaca trecho da ementa:

“(…) ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos,

sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - **Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa**

limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - **Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.** - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g.(RHC 90376, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321 RTJ VOL-00202-02 PP-00764 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147)

Desta feita, inadmissível, a prova ilícita deve ser desentranhada dos autos e inutilizada, de forma a evitar que ocasione influência sob o julgamento do caso, desentranhando também as que dela forem derivadas, garantindo assim sua total ineficácia para a decisão final, conforme preceitua o art. 157, §3º, CRFB/88.

A exclusão das provas obtidas por meios ilícitos tem ainda mais relevância quando se trata de processos no Tribunal do Júri. É que ali, por vigorar o sistema da íntima convicção, que não exige a motivação das decisões, as provas ilícitas podem acabar por determinar o convencimento dos jurados, se não desentranhadas a tempo dos autos.

No entanto, caso estejam presentes no processo outros meios que embasem adequadamente a decisão, outras provas lícitas, o processo continua válido. A declaração da ineficácia da prova ilícita não anulará todo o processo.

De outro lado, alguns doutrinadores também defendem que provas ilícitas constantes no inquérito policial não contaminam o processo, que continua válido. Isso se daria por caracterizar-se o inquérito como peça meramente informativa e não possuir caráter probatório.

Um dos fundamentos essenciais para a determinação da ineficácia das provas obtidas por meios ilícitos é a prevenção ou a dissuasão de futuras violações à ordem jurídica em prol do processo criminal. Com o desentranhamento ou inutilização de tais provas visa-se promover e reiterar a necessária observância e respeito às garantias constitucionais e desestimular, a um só tempo, a conduta persecutória ilícita.

Portanto, em atenção à referida finalidade, é possível aferir que o objetivo da vedação das provas ilícitas não pode se tornar uma proteção à impunidade. Se o objetivo do princípio da inadmissibilidade é estimular a observância das garantias constitucionais, torna-se completamente incoerente beneficiar a impunidade antiética, tão violadora do interesse público e da coerência do sistema penal. Por essa razão, em bom tempo a inadmissibilidade encontrou temperamento no princípio da proporcionalidade, que adiciona exceções à limitação generalizadora.

Assim, além de elencar várias garantias aos indivíduos advindas da vedação às provas ilícitas, o constituinte também possibilitou situações nas quais tais garantias poderiam ser mitigadas em prol do interesse público, e, acobertadas por essas exceções ou demais sopesamentos, tais provas poderão ser consideradas válidas.

Por fim, o investigado somente pode alegar proteção aos seus direitos individuais em detrimento da prova produzida com violação a estes na medida e somente se estiver no exercício de seu legítimo direito. Explica-se por meio de exemplo utilizado por Pacelli¹¹: ninguém poderá argumentar que tem o direito de estuprar ou matar pessoas no interior de sua casa e alegar se encontrar sob a proteção da inviolabilidade do domicílio. A proteção traduzida no caso em apreço como direito à inviolabilidade do domicílio só existe na medida em que o exercício da intimidade e privacidade são legítimos. No citado caso o agente não se encontraria no exercício idôneo de qualquer de seus direitos individuais, uma vez que incontestavelmente extrapolou sua esfera de garantias e visto que jamais terá ele titularidade de direito a se assegurar no ato de estuprar ou matar alguém. Nenhuma norma de direito poderia proteger sua ação delituosa.

O ordenamento jurídico não pode proteger em caráter absoluto alguns direitos em detrimento permanente de outros direitos e valores reconhecidos no ordenamento, sob pena de tornar completamente inconsistente o sistema penal e completamente esvaziados estes últimos.

¹¹ PACELLI, Eugênio, Curso de Processo Penal, 17ª edição, editora atlas, 2013, p.370-371

2. PROPORCIONALIDADE

A coletividade e sua consequente convivência social traz em sua realidade inevitáveis conflitos de interesses presentes em toda a existência humana. A Constituição, se comprometendo a salvaguardar variados direitos fundamentais, tendo estes por destinatários toda a coletividade, não poderia deixar de verificar também no plano das normas constitucionais a tensão em que a proteção de um direito poderá implicar a não tutela de outro. Exemplo clássico é visto quando estão em conflito a preservação do direito à segurança pública em tensão com o direito à liberdade individual de outrem, entre tantos outros exemplos.

O critério normalmente usado para resolução dessas situações de conflito e tensão é a ponderação. Os princípios constitucionais - igualmente relevantes e entre os quais não há hierarquia - são examinados à luz do caso concreto a fim de definir a aplicação da proteção mais adequada a um dos direitos em conflito que seja, a um só tempo, também a forma menos gravosa de restringir o outro direito desfavorecido.

Far-se-ia então uma análise com base na proporcionalidade atenta à necessária preservação no caso concreto dos dois direitos em conflitos, sem que a aplicação de um afaste integralmente a observância do outro e do conteúdo de proteção que ele acrescenta ao ordenamento.

A proporcionalidade como princípio vem sendo invocada para permitir excepcionalmente o uso de provas teoricamente ilícitas no processo. Em alguns países, como na França e na Inglaterra, o princípio da proporcionalidade tem previsão expressa e enseja a utilização das provas ilícitas no processo, punindo-se apenas os responsáveis por sua produção. No entanto, em outros países, como nos Estados Unidos, no qual nos inspiramos na inadmissibilidade das provas ilícitas, a vedação é a regra e o princípio da razoabilidade se encarrega de realizar o temperamento, com vistas, sobretudo, a controlar os atos do poder público. Por esta razão, neste país princípios como a boa-fé na obtenção das provas acaba algumas vezes por afastar a vedação do uso das provas ilícitas.

Em se tratando de processo penal, a análise que contemple o critério da proporcionalidade tem especial importância, visto a gravidade em que a solução encontrada

pode chegar a interferir nos direitos em colisão, correntemente relacionado à própria liberdade do indivíduo na sua forma mais sensível. Nesse sentido, obtempera Eugênio Pacelli:

“No processo penal, como intuitivo, a aplicação da vedação das provas ilícitas, se considerada como garantia absoluta, pode gerar, por vezes, situações de inegável desproporção, com a proteção conferida ao direito então violado (na produção da prova) em detrimento da proteção do direito da vítima do delito.”¹²

No entanto, em um primeiro momento, o princípio da proporcionalidade em análise conjunta com os direitos à ampla defesa e ao contraditório permite facilmente a conclusão pela admissibilidade das provas ilícitas quando elas configurem a única forma de alguém provar sua inocência, sendo então aceita e válida no processo. Nesses casos, chega-se a dizer que, pela ausência da ilicitude advinda do estado de necessidade, a prova chegaria a ser lícita.

Além disso, contribuindo pela admissibilidade da prova ilícita em favor da defesa do réu tem-se a alegação de que o princípio da vedação da prova ilícita é garantia individual para controle da atividade persecutória estatal – ou seja, um direito do indivíduo investigado frente à atividade persecutória do Estado - e não poderia ser invocado contra seu primitivo titular (o acusado).

É nesse sentido exemplo dado por Cadenas¹³:

Para exemplificar, tome-se um réu inocente, que possui como única prova de sua condição um documento obtido ilicitamente, seja de forma direta, seja derivada. Nesse caso, entre punir um inocente, e considerar tal prova como apta a garantir-lhe a absolvição, seguindo esse princípio, deve-se optar pelo segundo caminho.

¹² PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal, 17ª edição, editora Atlas, 2013, fls. 374/375.

¹³ PRADO. Leandro Cadenas. *Provas ilícitas. Teoria e interpretação dos Tribunais Superiores*. 2ª ed, editora impetus, 2009, p.32.

De outro lado, e de forma não tão unânime quanto à admissibilidade em favor do réu, tem-se a admissibilidade da prova ilícita em favor da sociedade. Nesse ponto há que se considerar propriamente o caráter não absoluto dos princípios, tal qual o da inadmissibilidade das provas ilícitas, para se conceber situações em que excepcionalmente esta garantia cederá espaço para outros princípios de maior valor ou relevância social no caso concreto.

Assim, em não havendo hierarquia entre os princípios, e, uma vez se tomando a proporcionalidade como medida de equilíbrio entre eles, pode-se, em atenção ao caso concreto, atribuir valor a cada um dos princípios envolvidos e acabar por afastar a vedação caso haja circunstância mais relevante a ser protegida do que a inadmissibilidade das provas ilícitas.

Portanto, ao se realizar a ponderação entre os direitos em questão, não raro pode-se deparar com situações em que deva prevalecer alguns direitos em detrimento da vedação à prova ilícita, como o direito à vida, à segurança, ao patrimônio e a própria dignidade humana.

No entanto, vale ressaltar a inadmissibilidade absoluta da prevalência do interesse na busca pela verdade dita real que perpassa por qualquer espécie de prática de tortura.

A jurisprudência tem se posicionado em alguns casos admitindo a proporcionalidade como embasamento para a admissão de uma prova considerada ilícita, ainda que a favor da acusação. No seguinte julgado a prova era em princípio ilícita por violar o sigilo de correspondência, sendo, contudo, julgada válida ao final, após valoração dos direitos em confronto no caso concreto, entre os quais, o direito à privacidade frente ao direito à segurança:

E M E N T A: HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVANCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRAFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANALISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contem a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica

os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei. - A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal. - **A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.** - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus.(HC 70814, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 01/03/1994, DJ 24-06-1994 PP-16649 EMENT VOL-01750-02 PP-00317 RTJ VOL-0176- PP-01136)

Em hipótese similar à analisada no precedente supracitado, Fernando Capez ressalta a admissibilidade excepcional da prova ilícita pró-sociedade:

“O princípio da proporcionalidade deve também ser admitido *pro sociedade*, pois o confronto que se estabelece não é entre o direito ao sigilo, de um lado, e o direito da acusação à prova, do outro. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa a resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelece entre a garantia, o sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando de seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos (...). Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do

que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, a qual ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não”.¹⁴

Pacelli¹⁵ assevera que em se tratando do aproveitamento da prova ilícita a favor da acusação, poder-se-ia aplicar o critério da proporcionalidade nas hipóteses em que não se colocasse em risco a aplicabilidade potencial e finalística da norma de inadmissibilidade. O mesmo dizer que a proporcionalidade pode ser validamente considerada quando a admissibilidade da prova em questão não seja responsável por estimular nos produtores da prova a reiteração na prática da ilegalidade.

Nesse ponto o autor analisa o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE 251445¹⁶, ocasião em que o Ministro Celso de Mello, relator do caso, firmou a ilicitude da prova obtida mediante violação do domicílio do investigado e possível autor do crime. No entanto, o caso investigado apontava possível prática de crime de natureza sexual contra menores configurado no registro e manutenção de fotografias pornográficas.

No caso, ressaltou o autor que a vedação das provas ilícitas não cumpriu com qualquer de suas funções. Isso porque a prova obtida por particular e por, inclusive, uma das vítimas, foi desconsiderada. Se a principal finalidade da vedação, assim como seu desígnio ético, é desestimular, inibir e intimidar a prática da ilegalidade por parte dos órgãos responsáveis pela produção da prova, em nenhum momento o objetivo foi atingido, pois, em

¹⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 15.ed, editora Saraiva, 2008, p.269.

¹⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, 17ª edição, editora Atlas, 2013.

¹⁶ EMENTA: PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). - A cláusula constitucional do due process of law encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. - A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. - Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. (...)

Se, no entanto, como ocorreu no caso ora em exame, a prova penal incriminadora resultar de ato ilícito praticado por particular, e a res furtiva, por efeito de investigação criminal promovida por agentes policiais, for por estes apreendida, também aqui - mesmo não sendo imputável ao Poder Público o gesto de desrespeito ao ordenamento jurídico, posto que concretizado por um menor infrator - remanescerá caracterizada a situação configuradora de ilicitude da prova. (...)

Não vejo, desse modo, como acolher a postulação recursal deduzida pelo Ministério Público do Estado de Goiás. Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, não conheço do presente recurso extraordinário. Devolvam-se os autos ao E. Superior Tribunal de Justiça, que os encaminhou a esta Corte, por vislumbra, corretamente, a ocorrência, no caso, de uma típica hipótese de prejudicialidade (fls. 646/652). Publique-se. Brasília, 21 de junho de 2000 Ministro CELSO DE MELLO Relator (RE 251445, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2000, publicado em DJ 03/08/2000 PP-00068)

tempo algum, a admissibilidade de tais provas teria estimulado práticas abusivas das atividades policiais, visto que tais provas teriam sido obtidas por terceiro e pela própria vítima, a quem, absurdamente não se invocou excludentes de ilicitude, como por exemplo, a legítima defesa.

Assim, em verdade, o Estado teria agido com maior lesividade aos direitos fundamentais ao proferir tal decisão que em receber as provas obtidas com violação de direitos do investigado. Com efeito, não haveria qualquer estímulo à investigação abusiva ou incentivo à atuação “ilegal” por parte do menor caso a Suprema Corte tivesse recebido a prova de fato, este sim, praticado com extrema violação ao direito de menores.

Em conclusão, a proporcionalidade como princípio, e, portanto, mandamento de otimização, nos dizeres de Alexy¹⁷, quando possibilita a admissão de provas consideradas ilícitas não serve exclusivamente para beneficiar o réu. Desde que a análise em benefício da sociedade seja feita sempre em caráter excepcional e em afinada sensibilidade com o caso concreto para avaliar a razoabilidade da medida, a prova ilícita pode ser considerada válida no processo penal como resultado do sopesamento entre a gravidade da violação a um direito frente a obediência à vedação da ilicitude probatória.

O direito a uma proteção penal eficiente configura-se como um direito fundamental embasado na necessidade da máxima proteção à liberdade do investigado contra uma conduta persecutória e punitiva irracional por parte do Estado. De outro lado, também é dever do Estado promover o direito de todos seus cidadãos, garantindo um processo penal eficiente. Assim, a proporcionalidade reside também na ponderação entre uma proteção penal em que o excesso seja proibido tanto quanto a insuficiência de uma postura omissiva do Estado na proteção dos direitos fundamentais dos demais indivíduos, entre os quais o de uma prestação jurisdicional eficiente.¹⁸

¹⁷ “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos (...). ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Malheiros editores, 2008, fl.90/91.

¹⁸ ÁVILA, Thiago Andre Pierobom. Provas ilícitas e proporcionalidade, uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, Universidade de Brasília, Dissertação de Mestrado em Direito, 2006, pag. 65-66.

Ávila ¹⁹ traz essa dupla dimensão da proporcionalidade:

“Assim, não é possível realizar uma identificação entre a proibição de insuficiência e o requisito da necessidade na proibição de excesso, já que nem tudo que é necessário (não excessivo) na perspectiva de realizar a menor lesão possível ao direito fundamental restringido é suficiente para a proteção eficaz do direito fundamental com um imperativo de proteção”.

Nesse ponto o referido autor bem ilustra a situação com exemplo dado por SARLET em “A constituição e a proporcionalidade” em referência aos casos de aborto, que diz que a obrigatoriedade da leitura de um folheto informando sobre a vida intrauterina pode ser necessário na perspectiva da restrição da liberdade da mãe, mas não é suficiente na perspectiva da proteção da vida intrauterina.

Assim a proporcionalidade na sua perspectiva da proibição à insuficiência requer que dentre as medidas possíveis previstas pelo legislador o judiciário escolha uma das que seja suficiente para uma proteção minimamente satisfatória do direito fundamental no caso. Restringe a discricionariedade em selecionar medidas que evidentemente não sejam suficientes para a proteção, o que pode acabar justificando uma restrição a outros direitos fundamentais individuais. Assim há uma necessária ponderação entre o dever de proteção como interesse coletivo na expansão da proteção penal e os direitos individuais.

Ressalta Pierobom²⁰ que o reconhecimento dos anseios coletivos por uma pacificação social e o reconhecimento do dever de proteção penal por parte do Estado não afasta a necessária tarefa de analisar criticamente a compatibilização entre a proteção penal dos bens jurídicos e o sistema dos direitos fundamentais à luz dos critérios da adequação (capacidade de atingir a finalidade da proteção), necessidade e a proporcionalidade da restrição.

Em proteção aos direitos individuais tem-se desenvolvido mecanismos de proporcionalidade no processo penal denominados de garantismo penal. Para se realizar de maneira completa o garantismo deve ultrapassar uma visão individualista e não apenas restringir-se a garantias processuais aos direitos individuais do acusado contra a arbitrariedade

¹⁹ ÁVILA, Thiago André Pierobom. ÁVILA, Thiago André Pierobom. *Provas ilícitas e proporcionalidade, uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*, Universidade de Brasília, Dissertação de Mestrado em Direito, 2006 pag. 66

²⁰ ÁVILA, Thiago André Pierobom. Obra. cit, pag. 69-73.

do sistema punitivo, mas atender também à necessária proteção da coletividade dando a máxima realização prática aos direitos coletivos, e chegar ao que se chama de um garantismo integral.

A proteção do indivíduo espelhada no garantismo parte da máxima do princípio da inocência e assegura que o acusado não seja visto como objeto de julgamento nem seja degradada sua dignidade, mas lhe permite, na qualidade de sujeito de direito, uma postura e participação ativas no processo penal.

Entretanto, na dimensão do garantismo como proteção ao direito coletivo a Constituição da República em seu art.5º, caput, prevê como direito fundamental de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à segurança que se espelha no dever estatal de garantir a segurança pública, art. 144, caput, CRFB/88, e em alguns verdadeiros mandados de penalização. Traz a Carta da República em seu art.5º, XLI a necessidade de punição a qualquer discriminação que atente contra os direitos e liberdades fundamentais e traz no inciso XLVI o direito penal como instrumento para sua realização. Além dos citados dispositivos constitucionais, há diversos outros que apontam para a exigência constitucional de uma aplicação eficiente do direito penal como verdadeira garantia aos direitos fundamentais. Cita-se a título exemplificativo algumas determinações expressas de resposta penal, registrando que o próprio caráter imperativo dos direitos fundamentais implica outras penalizações em prol de sua tutela, por vezes implícitas à Constituição: art. 5º, XLII, XLIII e XLIV; art. 227,§4º, entre outros da Carta da República de 1988.

Assim, denota-se a imprescindível compatibilização entre a proteção individual e a proteção coletiva como funções do processo penal em sua ótica constitucional.

Como se abordará de maneira mais específica adiante, a título por hora meramente exemplificativo da aceitabilidade do princípio no Direito pátrio, vale a menção de sua já aplicação em alguns casos emblemáticos. Presente no julgamento da RCL 2040 pelo Supremo Tribunal Federal, que argumentou através do princípio da proporcionalidade pela admissão da prova inicialmente ilícita a favor da acusação. No caso, o STF houve por bem determinar a produção de prova sem o consentimento da gestante, através de material genético obtido da placenta a ser descartada após o parto, tendo em vista a gravidade dos direitos de terceiros que iriam ser sacrificados em desarrazoada proporção frente ao direito da gestante de se negar em fazer o exame DNA. A respeitável decisão no presente litígio foi extremamente acertada do ponto de vista da proporcionalidade, em todas suas dimensões – adequação, necessidade e proporcionalidade da medida -, sobretudo por ter sido viabilizada

sem que houvesse qualquer intervenção corporal invasiva na produção da prova, tendo sido o exame viabilizado com mínimo de intrusão na esfera da gestante e garantindo ao máximo direitos fundamentais dos terceiros envolvidos na suspeita do crime de estupro.

3. *NEMO TENETUR SE DETEGERE* E A VERDADE NO PROCESSO PENAL

Os direitos fundamentais são apontados em geral em referência à proteção da liberdade, da igualdade e, sobretudo, da dignidade humana. Autores, como Canotilho²¹ diferenciam costumeiramente o direito fundamental do conceito de direitos humanos dizendo que os direitos humanos seriam direitos inerentes a todos os homens em todos os tempos, enquanto os direitos fundamentais seriam os direitos humanos aos quais se optou por abarcar numa Constituição de Estado ou no seu ordenamento jurídico; ou seja, o direito fundamental seria um direito humano positivado no ordenamento pátrio.

Pode-se dizer que o reconhecimento formal dos direitos humanos como direitos fundamentais, conferindo-os garantia jurídica-institucional, traz maior grau de segurança jurídica. A positivação dos direitos humanos lhes assegura maior eficácia, (não tão observada quando estes estavam presentes somente nas declarações de direitos humanos do século XVIII), e evita que sejam suprimidos repentinamente do ordenamento.

Nessa seara, o princípio *Nemo Tenetur se Detegere* vem sendo considerado como direito fundamental, institucionalmente protegido. De titularidade do cidadão, e, mais especificamente, do acusado, como todo direito fundamental, não é dotado de caráter absoluto. O princípio se identifica como um direito à não autoincriminação como desdobramento do direito à liberdade do indivíduo frente ao Estado.

Identificado por vezes com o direito ao silêncio, ao qual não se limita, o princípio do *Nemo Tenetur se Detegere*, traduzido em “ninguém é obrigado a se descobrir”, tem no direito ao silêncio apenas um dos seus desdobramentos.

Inspirado no instituo do “*privilege against self-incrimination*” do Direito anglo-americano e longe de se destinar a acobertar o direito à mentira, o “*Nemo Tenetur se Detegere*” não afasta de si a necessária incidência da obrigatoriedade ética no ordenamento

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional, 3ª ed, Coimbra, Almedina, 1999, p. 369.

jurídico. O direito a não produzir prova contra si mesmo - ou não “se descobrir” – visa assegurar o cidadão investigado contra atos Estatais de natureza eminentemente inquisitiva, que tanto já marcara a História do Estado Absolutista.

É dado observar o princípio do *Nemo Tenetur se Detegere* como direito fundamental tutelado pelo ordenamento, proteção ao indivíduo e instrumento para resguardar a dignidade humana contra excessos cometidos por parte do Estado na persecução penal, entre eles, o emprego de violências físicas e morais empreendidas a fim de coagir o indivíduo a cooperar nas investigações e apuração delitivas e adoção de métodos proibidos para obtenção de provas.

O princípio se refere ao direito a uma liberdade negativa do acusado frente ao Estado. Assegura o direito do acusado de não se incriminar, garantindo que as provas de sua culpabilidade sejam colhidas sem a imposição de sua cooperação. Óbice à pesquisa ilimitada pela verdade real, o direito à não autoincriminação torna-se viável a partir da evolução da concepção do indivíduo visto não mais como objeto da prova no processo penal.

Em oposição ao processo civil, que se limita à obtenção na verdade formal, fruto unicamente das provas trazidas aos autos, o processo penal tem por objeto a verdade material. Rege o sistema de obtenção de provas no processo penal o princípio da livre investigação das provas, no qual o juiz não fica adstrito à iniciativa probatória das partes e deve buscar em certa medida a verdade real, material, ainda que esteja fadado a atingir somente a verdade possível (ou com maior probabilidade de correspondência à verdade real) desde que a busca não leve à arbitrariedades.

Em conclusão, a verdade no processo penal não necessita ser completamente coincidente com a verdade real, mas não pode ser absolutamente diversa dela. Corresponde a uma verdade aproximativa, probabilística.

O princípio do *Nemo Tenetur se Detegere* se relaciona ainda aos limites dos poderes instrutórios do juiz. Seu convencimento se baseia não mais em uma verdade absoluta, agora já concebida como inatingível, mas está ligado aos motivos determinantes e possíveis de reprodução no processo. Visto que este deve ter um termo, não podendo se prolongar indefinidamente a pretexto de se buscar a verdade absoluta, deve buscar a verdade mais próxima e com maior probabilidade de corresponder à verdade real.

A certeza plena é inatingível no processo, que deve se destinar a alcançar o convencimento com mais alto grau de probabilidade de correspondência ao real – chamada

verdade possível —. Assim, a verdade material, correspondente em maior grau aos acontecimentos factuais, não deve servir de justificativa à prática de violações de direito arbitrárias numa busca pela verdade a ser obtida a qualquer preço. O processo deve se prestar a apurar a verdade observando os princípios, garantias e regras processuais, nos limites da legalidade e da ética.²²

Ressalva Pacelli os fins da proteção do direito ao silêncio:

“O direito ao silêncio tem em mira não um suposto direito à mentira, como ainda se nota em algumas doutrinas, mas à proteção contra as hostilidades e as intimidações historicamente desfechadas contra os réus pelo Estado em atos de natureza inquisitiva. Primeiro, nas jurisdições eclesiásticas; depois, no Estado Absolutista, e, mesmo na modernidade, pelas autoridades responsáveis pelas investigações criminais.”²³

Embora o ordenamento brasileiro não traga em previsão expressa o direito à não autoincriminação, ele é comumente extraído do princípio do sistema de garantias constitucionais e mais especificamente do devido processo legal, ampla defesa, princípio da presunção da inocência e do direito de permanecer calado, este sim abarcado pela Constituição da República, art. 5º, LXIII e no art. 8º, 1, do Pacto de San José da Costa Rica (Decreto 678/92).

Além disso, o direito a não autoincriminação tem previsão expressa no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 14.3, “g” e na Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8º, §2º, “g”, ratificados e incorporados pelo Brasil.

Desdobramento do direito à defesa, o direito a não produzir provas contra si mesmo possui limitações como a citada não proteção ao direito à mentira. Além disso, não protege também, como não poderia deixar de ser, a denúncia caluniosa, em que o réu atribuisse falsamente a terceiro a prática do crime vinculado supostamente a ele.

Acentua Queijo:

²² QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio do *Nemo Tenetur se Detegere* e suas decorrências no processo penal. Editora Saraiva, 2ª ed, 2012, pg.60-61.

²³ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal, 17ª edição, editora atlas, 2013 fl. 383.

“Somente com o reconhecimento do direito ao silêncio é que se valorizou, no ordenamento nacional, a autodeterminação e a liberdade moral do acusado, para decidir se colabora ou não na persecução penal, especificamente no momento do interrogatório”.²⁴

Um dos direitos fundamentais que tutelam a dignidade humana, o *Nemo Tenetur se Detegere* ressalva ao acusado a posição de sujeito e não mais objeto do processo penal, do que se infere a vedação que não lhe sejam aplicadas medidas que atentem contra sua integridade, física e moral, tendo por objeto sua cooperação na persecução penal ou eventual confissão. Compreende-se assim que a garantia presente no art. 5º, XLIX, CRFB/88 incide não apenas ao preso, mas ao indivíduo investigado durante todo o processo penal.

A titularidade do direito de não produzir prova contra si mesmo é de qualquer pessoa que esteja em situação de se autoincriminar, em que pese algumas interpretações equivocadas a respeito da titularidade ser exclusivamente do réu preso.

Nos dizeres de Renato Brasileiro:

“ Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado: *Nemo Tenetur se Detegere*.”²⁵

O direito a não autoincriminação tido como direito fundamental é, pois, limitado pela própria necessidade de convivência com outros direitos fundamentais. No entanto, vale ressaltar, as restrições a que se submeta não podem esvaziar o conteúdo do direito fundamental em si, ou seja, não podem negá-lo como garantia integralmente, apenas temperá-lo, com vistas à justiça do caso concreto, sendo sempre tal restrição clara, geral, definida e proporcional.²⁶

Desta forma, as restrições que se imponham ao direito fundamental a não autoincriminação deverão observar os critérios mencionados a respeito da proporcionalidade e guardar consonância com o direito à dignidade humana, valor supremo e critério fundamental

²⁴ QUEIRO, Maria Elizabeth, O direito de não produzir prova contra si mesmo, Ed Saraiva, 2012, 2ªed, p.99

²⁵ DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal, editora impetus, volume I, Niterói, RJ, 2012, pg. 56.

²⁶ QUEIRO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo, Ed Saraiva, 2012, 2ªed, p.76.

à hermenêutica constitucional, que atrai para si a análise de todos os demais direitos fundamentais.

O direito a não autoincriminação tem como importante desdobramento a proteção à integridade física do réu, permitindo expressamente que ele não participe ativamente na produção de provas que contribuam para formação de sua culpa.

Além disso, é responsável pelo controle da idoneidade do material probatório, sua admissibilidade constitucional e por permitir a avaliação da legitimidade da motivação das decisões judiciais. Proíbe, por exemplo, que do silêncio do réu no interrogatório decorra consequências como a velha máxima de “quem cala consente”. Caso contrário, propriamente esvaziar-se-ia o conteúdo do direito ao silêncio.

Por fim, do direito à não autoincriminação tem-se diversos desdobramentos de suma importância à constitucionalidade do processo penal, como a necessidade de se esclarecer ao acusado sobre seu direito de permanecer calado e a não responder perguntas e a já referida proibição de valoração do uso do direito ao silêncio em prejuízo do réu, art. 186, caput e paragrafo único, Código de Processo Penal.

A produção de provas no processo penal observa, por vezes, a colisão entre interesses públicos e individuais. O interesse público na produção das provas seria a pacificação social; o interesse individual das partes seria o exercício do direito de não incriminar-se.

Observando o princípio da proporcionalidade o juiz deve analisar as particularidades do caso e, garantindo a proteção adequada aos direitos fundamentais, resolver o conflito supracitado, formar seu convencimento a partir das provas que entender válidas e de produção necessária no processo, visando a maior adequação de sua medida à justiça.

“A tutela ao direito à não autoincriminação é, sobretudo, de interesse público e se insere na garantia ao devido processo legal e no direito à defesa do acusado.

De destacar, a esse respeito, que nem mesmo o grau de certeza proporcionado por certas provas, fruto do desenvolvimento tecnológico, cujo exemplo mais representativo são os exames de DNA, poderá justificar o sacrifício de direitos do acusado em prol da busca da verdade.

Não se pode, no Estado de Direito, admitir que a verdade processual seja alcançada mediante violações de direitos e de garantias do acusado. Deve ela ser apurada de forma legal e ética.

O valor “verdade”, no processo, não se sobrepõe a outros valores que estão envolvidos nem à função social do processo, que é a pacificação social.”²⁷

Vale concluir que, antes de configurar uma oposição à busca da verdade no processo, o princípio do *Nemo Tenetur se Detegere* corresponde a parâmetros de legalidade, ética e respeito à dignidade humana na produção de provas no processo penal e repercute na própria legitimação da Jurisdição dentro da visão ética do processo.

Saliente-se, por fim, que a dignidade humana, princípio central do ordenamento jurídico, atrai para si a análise de todos os demais direitos fundamentais. É considerada valor essencial à natureza humana, preexistente a qualquer posituação, e que implica respeito ao indivíduo pelo simples fato de ser humano. Garante a liberdade negativa bem como provimento das condições mínimas de existência digna ao indivíduo e de desenvolvimento de suas potencialidades.

Após vivenciar lamentáveis episódios históricos de atrocidades cometidas por regimes totalitários contra numerosos homens, as comunidades começaram a prever em suas Constituições a dignidade humana como direito fundamental, valor supremo e suporte de todos os outros direitos fundamentais.

Assim, ao garantir institucionalmente a dignidade humana como valor essencial à existência humana, o Direito veda atuações verticais ou horizontais discriminatórias ou humilhantes, que mitiguem o valor do homem em restrições injustificáveis ou desproporcionais.

Nessa seara, ainda que não houvesse previsão específica no ordenamento internacional ou nacional, o princípio do *Nemo Tenetur se Detegere* poderia ser adequadamente deduzido da dignidade humana (art. 1º, III, CRFB/88) em consonância ao disposto no art. 5º, §2º, CRFB/88. Além disso, decorre da previsão do art. 5º, LXIII, CRFB/88, que garante o direito ao silêncio e do disposto nos incisos LIV, LV e LVII da Carta da República.

Portanto, concebido no ordenamento brasileiro como direito fundamental previsto como princípio constitucional, o *Nemo Tenetur se Detegere* comporta indefinidas possibilidades de aplicações, serve de fundamento e norma de otimização para aplicação de

²⁷ QUEIRO, Maria Elizabeth, O direito de não produzir prova contra si mesmo, Ed Saraiva, 2012, 2ªed, 66-67

diversos direitos e regras, e está incumbido, junto a outros princípios, da preservação da dignidade humana.

Consequentemente, normas que tratam da colaboração do acusado e das limitações no tocante à produção de provas no processo penal deverão ser interpretadas também à luz do referido princípio.

4. PROVAS QUE DEPENDEM DA COLABORAÇÃO DO ACUSADO

Questão relevante no processo penal e suscitada em diversos casos concretos é a obrigatoriedade ou não do acusado se submeter à produção de provas determinadas pelo juiz ou pela autoridade policial. Partindo-se da premissa de superação da visão do acusado como objeto da prova no processo penal, a questão está atrelada essencialmente ao princípio do *Nemo Tenetur se Detegere* como limitação à atividade investigatória do Estado.

Além de vedar o extremo de práticas que coajam o acusado a responder o interrogatório mediante violência física ou psicológica, o princípio deve ser analisado quando em questão também a admissibilidade ou não de alguns estímulos à cooperação do acusado, bem como a determinação de implicações ao seu silêncio.

Outrossim, é necessário suscitar o princípio quando o que está em análise é a produção de provas que dependam da cooperação do acusado. Neste ponto contrapõem-se aparentemente o interesse particular do indivíduo em não ver restringido seu direito fundamental e o interesse público na repressão das infrações. Solução adequada será viabilizada através da ponderação tendo presente o caso concreto, visto que a proteção absoluta de qualquer dos interesses seria incoerente com a inafastável adequação constitucional do processo penal.

Maria Elizabeth Queijo alerta sobre a prejudicial sobreposição radical de um dos citados interesses em conflito:

“Se, de um lado do ordenamento, sobrepõe-se, de todas as formas, o interesse público na persecução penal, estabelece-se um direito à prova ilimitado por parte do Estado: não há vedações de meios probatórios, não há regras de admissibilidade e de exclusão de provas nem restrições à valoração destas. Não há, enfim, ilicitude da prova. Tudo se justifica em prol da busca da verdade, que é perseguida

a qualquer preço. Esta é a fórmula adotada, via de regra, nos Estados autoritários.

No outro extremo, havendo prevalência absoluta do interesse individual, a persecução penal estaria fadada ao fracasso. Não se admitiria, nesta ótica, nenhuma limitação aos direitos fundamentais, inclusive ao *Nemo Tenetur se Detegere*”²⁸

Motivado pela crescente onda de criminalidade organizada e da violência nos grandes centros, tem-se observado nos mais diversos ordenamentos uma mitigação aos sistemas eminentemente garantistas e a admissão de maiores restrições aos direitos fundamentais do investigado.

Contudo, há que se lembrar que o conflito dos citados interesses público e particular é somente aparente nos Estados democráticos, pois nestes deve ser também essencialmente de interesse público que se observem os direitos e garantias fundamentais, legitimadores da própria jurisdição estatal. Assim, a despeito das tendências contingenciais, é necessário se buscar sempre uma solução que harmonize tanto a importância da eficácia na persecução penal e repressão dos ilícitos, como a promoção da dignidade humana; e que compatibilize, ainda, a medida adotada à justiça do caso concreto.

A esse respeito, citando Chivario, Queijo acentua: “A eficiência processual não pode prescindir dos direitos e garantias, mas deve incluí-los.”²⁹

Portanto, a viabilidade de produção de determinada prova essencial para a persecução penal não é limitada somente por uma eventual observância absoluta de um direito fundamental, tal qual o direito à não autoincriminação. Ao contrário, como os demais princípios constitucionais, o *Nemo Tenetur se Detegere* poderá sofrer limitações em prol do direito à prova em determinadas situações como resultado da análise da proporcionalidade no caso concreto.

²⁸QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio *Nemo Tenetur se Detegere* e suas decorrências no processo penal. Editora Saraiva, 2012, 2ª edição, p. 286-287.

²⁹ CHIAVARIO, Mario. Garanzie individuali ed efficienza del processo. In: Il giusto processo. Milão: Giuffrè, 1998, p.51-77. *Apud* QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio *Nemo Tenetur se Detegere* e suas decorrências no processo penal. Editora Saraiva, 2012, 2ª edição, p.288.

Não é permitido, contudo, que a imprescindibilidade de produção de determinada prova para a persecução penal aniquile direitos fundamentais do indivíduo e o obriguem a colaborar com buscas ilimitadas, invasivas e violadoras de sua integridade.

Atualmente não há no processo penal regras específicas que determinem o dever de colaboração do acusado na produção de provas. Assim, diante da ausência de normas de afastem o princípio da não autoincriminação, tem-se entendido majoritariamente na jurisprudência brasileira como válida a recusa em colaborar com a produção de provas que possam ser usadas em seu desfavor, sem que a negativa possa configurar crime de desobediência nem ser interpretada em prejuízo ao indivíduo, em homenagem ao princípio do *Nemo Tenetur se Detegere*.

Não é outro o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que vem entendendo não haver imposição ao acusado de cooperar com a produção probatória quando esta implicar uma colaboração ativa por parte dele.

Ilustrando tal entendimento da Corte, cita-se o RHC 64.354/SP, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, em que a Corte, unanimemente, estabeleceu que o acusado não poderia ser compelido a colaborar com a produção de provas e determinou, na ocasião, configurar constrangimento ilegal a decretação de prisão preventiva de indiciados em razão da recusa deles em participar da reconstituição do crime investigado.

Por fim, de acordo com os ditames do princípio do *Nemo Tenetur se Detegere*, na esfera penal não há dever na colaboração ativa do acusado, por exemplo, em fornecer padrão grafotécnico, participar de reconstituição do crime, ou se submeter a testes de alcoolemia, e a sua recusa não configura crime de desobediência, assim como não gera a presunção de culpabilidade. De acordo com o citado princípio, o acusado não pode ser compelido a fornecer elementos de prova contra si mesmo.

Por seu turno, importante questão reside nas implicações da incidência do princípio *Nemo Tenetur se Detegere* às provas que dependem de cooperação do acusado, ou mais especificamente quando a produção implica intervenção corporal.

A esse respeito, leciona Antonio Magalhães Gomes Filho:

“o que se deve contestar em relação a essas intervenções é a violação do direito à não autoincriminação e à liberdade pessoal, pois ninguém pode ser obrigado a declarar-se culpado, também deve ter assegurado o seu direito a não fornecer provas incriminadoras contra si mesmo. O direito à prova não vai ao ponto de conferir a uma

das partes no processo prerrogativas sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha da outra. Em matéria civil, a questão tem sido resolvida segundo as regras de divisão do ônus da prova, mas no âmbito criminal, diante da presunção da inocência, não se pode constranger o acusado ao fornecimento dessas provas, nem de sua negativa inferir a veracidade dos fatos”.³⁰

5. PROVAS QUE IMPLICAM INTERVENÇÃO CORPORAL

Prova que implica intervenção corporal é a prova cuja obtenção implica realização de atos de investigação no corpo do próprio acusado e, por isso, tem estreita relação com o direito à não autoincriminação, à liberdade, à intimidade, à intangibilidade corporal e à dignidade humana.

Dentre as provas que pressupõem intervenção corporal, tem-se as provas invasivas e as não invasivas. Apesar da definição maleável e alterável de acordo com revisões científicas, em geral, aquelas dependem de penetração no organismo humano para sua obtenção e estas não.

Exemplos de provas que implicam intervenção corporal não invasiva são exames de DNA realizado a partir de fios de cabelo e a identificação datiloscópica; enquanto as provas invasivas são, por exemplo, exames de sangue, exame ginecológico, identificação dentária, etc.

6. EXAME DE DNA COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

Antes do desenvolvimento das técnicas que possibilitaram os exames DNA, os exames de sangue eram mais comumente utilizados que atualmente, e, constituindo provas invasivas, baseavam-se no sistema ABO, MN e Rh.

Eram os exames de sangue utilizados eminentemente para excluir a autoria do crime e não para confirmá-la, pois se entendia que o sistema utilizado não era suficiente para identificar conclusivamente a autoria do crime, que dependia de outros elementos probatórios para ser confirmada.

³⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.119.

Alguns autores, como Almeida Júnior e Costa Júnior chegavam a afirmar que, pela sua característica e imprecisão, a assertividade do exame, dito sensível, serviria apenas para excluir a autoria, porquanto para confirmá-la, ainda que o sangue do suspeito e o sangue da mancha utilizada como amostra fossem completamente compatíveis, não se poderia afirmar que eram realmente identificavam a mesma pessoa. Ao contrário, caso o exame do suspeito resultasse em padrão completamente divergente da amostra, aí sim, com maior certeza, poder-se-ia afirmar que ele não seria o autor do crime.³¹

Com o surgimento do exame de DNA em 1985 apresentando maior aperfeiçoamento científico e maior probabilidade de acerto na identificação, tanto o direito quanto à ciência médica sofreram enorme revolução.

No direito civil o exame protagonizou enorme evolução nos processos que envolviam investigação de paternidade. No direito penal, por sua vez, surgiu a possibilidade de identificar com altíssimo grau de probabilidade a autoria de delitos, podendo tanto denunciar quanto excluir indivíduos investigados.

A descoberta do DNA como sistema de código genético, ocorrida há cerca de 60 anos, foi predecessora da criação de seu exame identificatório, descoberto em uma universidade da Inglaterra pelo professor de genética Alex Jeffreys, quem desenvolveu técnicas utilizadas até hoje em todo o mundo.

Utilizado pela primeira vez em 1986, em um processo criminal na Inglaterra que buscava identificar a apuração de crimes de violência e homicídio realizados contra duas moças de Leicestershire, o exame foi responsável pela identificação do autor do crime investigado. A partir de então, o exame passou a ser adotado em diversos processos penais tanto na Europa como nos Estados Unidos, e, especialmente neste país, tem sido amplamente utilizado como mecanismo de prova tanto para a acusação como para a defesa.

No Brasil, em um dos primeiros julgamentos envolvendo a prova realizada através de exames de DNA, na apreciação do Resp 38.451, em 1994, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou a imensa aceitabilidade do exame e chegou a alegar: “a perícia genética é sempre recomendável, porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza”.

O exame é feito, resumidamente, a partir da análise do material genético do núcleo celular e pode ser realizado a partir de amostras de sangue, cabelo, sêmen, saliva, entre outros. Assim como a identificação datiloscópica, ou através de exames de sangue, uma vez

31 ALMEIDA, JR., A ; COSTA Jr. J.B. de O. *LIÇÕES DE MEDICINA LEGAL*, 19ª edição, Editora São Paulo: CEM 1987 P.90-100

colhida uma amostra do material no local do crime, o exame de DNA pode garantir a identificação do autor do delito, porém com maior probabilidade de acerto.

A técnica invasiva do exame tem sido utilizada especialmente em casos apuração de crimes sexuais, através de exames ginecológicos, de esperma e de urina.

A despeito das críticas a respeito da frequência de certos alelos em uma população, entre outros problemas que poderiam prejudicar a confiabilidade do exame; com o elevado grau de acertos do exame de DNA e sua disseminada fama de “prova irrefutável”, aumentou-se a expectativa da colaboração do exame para o processo penal, e, ao mesmo tempo, da contribuição do acusado para sua realização.

Importante questão para o processo penal é a vulnerabilidade do exame, sobretudo se se considerar que sua utilização nessa esfera poderá acarretar uma das mais graves restrições ao indivíduo por parte do Estado, qual seja, a privação de sua liberdade, com alguma chance, embasada num exame equivocado.

Maria Elizabeth discorre acerca da ressalva existente no ordenamento norte-americano para determinação da admissibilidade do exame:

“(...) No ordenamento norte-americano, v. g., o juiz analisa a admissibilidade da prova de DNA com suporte na oitiva do perito, para que este demonstre: a aprovação do exame pela comunidade científica; a especificidade e confiabilidade do método de investigação adotado no DNA; o correto emprego das técnicas de investigação conhecidas e a racional interpretação dos dados obtidos no caso examinado, em particular, naquele processo.

Somente depois da referida oitiva é que o juiz se pronunciará acerca da admissibilidade da prova de DNA”.³²

No mais, salienta-se o risco do uso indiscriminado do exame como fonte de prova no processo penal, sobretudo pela facilidade com que se pode realizá-lo através de pequenas amostras de cabelo, sangue, saliva (tanto obtida de objetos externos como da cavidade bucal, sendo que nesta ocasião é que haveria intervenção corporal), etc.

Em grande parte dos países europeus, bem como na legislação anglo-americana e na argentina, por exemplo, apesar de haver o reconhecimento e aplicação do princípio da não autoincriminação, há autorização para que, em determinadas situações previstas em lei e sob determinadas circunstâncias, o sujeito deva se submeter a determinadas ingerências corporais para produção de provas processuais.

³² QUEIRO, Maria Elizabeth. Obra cit., fls. 294

Mesmo nesses países tais medidas são cabíveis dentro dos limites do princípio do *Nemo Tenetur se Detegere* e da garantia de manutenção de sua real finalidade, qual seja, a proteção da dignidade humana, da integridade física e mental, da autodeterminação e do direito de não produzir prova contra si. Assim, a medida que não se destinar a violar tais garantias e for prevista, adequada, necessária e legítima para proteger outro direito de maior valoração no caso em comento, poderá, então, ser legalmente determinada.

Alguns casos no Brasil já observaram similar interpretação para determinar a produção da prova por meio de exame de DNA, tendo em vista a estatura do direito ameaçado em oposição ao direito à não autoincriminação, de menor valor nos casos em concreto na jurisprudência nacional, em geral, tem entrado em análise um outro critério para determinação do exame de DNA – a utilização de técnica não invasiva para sua realização –.

Nesse sentido, tem a jurisprudência se socorrido da análise da proporcionalidade da medida para garantir, de um lado, pela sua perspectiva da proibição à insuficiência, que dentre as medidas possíveis previstas pelo legislador o judiciário escolha uma das que seja suficiente para uma proteção satisfatória dos direitos fundamentais dos outros indivíduos envolvidos no caso e, concomitantemente, possua o mínimo de invasão ao sujeito passivo submetido ao exame.

Neste ponto, cumpre colacionar ementa da RCL 2040, julgada em fevereiro 2002 pelo STF, decidindo o caso que envolvia a atriz Gloria Trevi, ocasião em que foi determinado que o interesse público na apuração do crime e sua autoria prevaleceria sobre o direito da atriz em não se submeter ao exame DNA (que seria possibilitado por técnica com baixíssimo grau de invasividade e que não requeria intrusão corporal) após ela ter alegado ter sido vítima de estupro nas dependências da Polícia Federal do Brasil. Vale acrescentar que a determinação da produção da prova através do exame de DNA, seguiu o critério supramencionado, vez que o exame foi realizado através da placenta da atriz, quando esta seria descartada, após o parto, sem que se submetesse a atriz a suportar intervenção corporal intrusiva contra sua vontade.

No caso da RCL 2040, vê-se claro exemplo em que a aplicação irrestrita do *Nemo Tenetur se Detegere* não seria a melhor solução ao caso por não estar adequadamente garantindo nas circunstâncias específicas qualquer dos direitos que teria por finalidade proteger, quais sejam, a dignidade, integridade física e mental, e autodeterminação, e sim, instrumentalizando possível violação de maior gravidade ao direito dos policiais acusados em provar suas inocências bem como o interesse público e a própria imagem da corporação.

EMENTA: - Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. **Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho.** 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante. (Rcl 2040 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2002, DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-00129)

7. PROVAS NÃO INVASIVAS

Relevante interesse para o processo penal tem as provas que podem ser obtidas através de exames não invasivos, ou seja, sem uso de técnicas de penetração no corpo humano, por manterem mais facilmente preservados a dignidade humana, direitos à integridade, autodeterminação, entre outros.

Essas provas não invasivas podem ser obtidas, por exemplo, através de exame de DNA realizado a partir de fios de cabelo³³ e pelos descartados, bem como através da saliva deixada em objetos avulsos após o uso.

³³ Interessante exemplo citado por Maria Queijo que exemplifica a importância do exame na esfera penal, presente em sua referida obra (fls.296) é de um caso ocorrido nos Estados Unidos em que, através do exame de DNA de fios do cabelo, se desvendou a autoria de um crime de estupro e homicídio ocorrido em Oklahoma em 1982. Diz a autora: “ Pelo exame microscópico de fios de cabelo encontrados no corpo da vítima, em 1988, dois homens foram condenados, um à pena de morte e outro à prisão perpétua. Em abril de 1999 os dois foram libertados porque o exame de DNA desses fios de cabelo comprovou que nenhum deles era autor dos crimes. O autor havia sido ouvido como testemunha no caso.”

Além da vantagem a respeito da garantia aos direitos fundamentais do sujeito submetido à exames probatórios, o exame de DNA através de técnicas não invasivas tem sido defendido pela característica de seus materiais amostrais serem de fácil obtenção, através de guimbas de cigarro, fios de cabelo, etc.

As provas obtidas através de técnicas não invasivas, em consonância com o princípio do *Nemo Tenetur se Detegere* e demais princípios constitucionais, tem sido mais amplamente aceita na jurisprudência nacional como prova válida no processo penal que as provas invasivas; seja a favor da defesa, ou, mais restritamente, da acusação. Há, por exemplo, o caso do HC 6.326/SP, em que o Superior Tribunal de Justiça contemplou a presunção da inocência e o direito à liberdade e ampla defesa do réu ao admitir a realização do exame DNA que possivelmente poderia negar sua autoria no crime de estupro.³⁴

8. A COLETA DE MATERIAL GENÉTICO COMO IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E O NEMO TENETUR SE DETEGERE

Outra relevante questão acerca do exame de DNA e sua relação com o *Nemo Tenetur se Detegere* tem sido levantada com a aprovação da Lei 12.037 e suas posteriores alterações trazidas pela Lei 12.654, que dispõe sobre criação de banco de perfis genéticos a partir de amostras de DNA e identificação criminal do civilmente identificado.

A polêmica em torno da lei reside na previsão de coleta de material genético durante o processo penal, em alguns casos de forma obrigatória, como forma de identificação criminal a compor banco de dados nacional com perfis genéticos, na forma do seu art. 3º, IV.

A legislação indica que a exclusão da identificação genética do banco de dados se dará após decurso do prazo de prescrição do delito atribuído ao investigado.

Resumidamente, dentre inúmeras polêmicas, defende-se que a previsão padeceria de inconstitucionalidade. À luz do princípio do *Nemo Tenetur se Detegere*, o indivíduo não seria obrigado a cooperar ativamente fornecendo seu perfil genético para compor sua identificação criminal armazenada no banco de dados nacional, sob pena de violação de sua dignidade humana e sua capacidade à autodeterminação por parte da atividade investigatória

³⁴ CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS-CORPUS". CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. NEGAÇÃO DE AUTORIA. EXAME DE DNA. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. - CONSUBSTANCIA DESRESPEITO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA O INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, FORMULADO PELA DE REU DENUNCIADO POR CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL, CONSIDERADA COMO PROVA ESSENCIAL PARA A NEGAÇÃO DE AUTORIA. - "HABEAS-CORPUS" CONCEDIDO. (HC 6.326/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/1997, DJ 19/12/1997, p. 67534)

do Estado.

A lei brasileira, de fato, aborda questões extremamente sensíveis ao direito constitucional e ao limite do poder investigatório do Estado, sobretudo quando autoriza a coleta de material genético para identificação criminal de quem sequer tenha sido ainda condenado. Para dizer o mínimo, o disposto afronta a presunção da inocência, a dignidade humana, a integridade corporal e o direito à autodeterminação.

Além disso, a legislação não prevê a possibilidade de recusa do indivíduo em se submeter à colheita da amostra genética, o que, como visto, configura o mais legítimo direito constitucional à não autoincriminação, sobretudo nos casos em que a identificação esteja sendo feita antes mesmo da condenação.

Outrossim, a legislação parece ter suprimido por sua própria conta o *Nemo Tenetur se Detegere* da sua esfera de atuação, pois, sequer previu o procedimento e as consequências decorrentes da hipótese de o indivíduo desejar se recusar a fornecer o material genético.

Assim, a lei incluiu o Brasil dentre os países que possuem banco de perfil genético, como os Estados Unidos e a Inglaterra.

Exemplo bastante ilustrativo reside na atual evolução do banco nacional de DNA dos Estados Unidos, que vem alarmando alguns juristas e magistrados do país pelo seu caráter ameaçador à democracia. A Suprema Corte americana equiparou a coleta de material para identificação genética aos demais métodos de identificação criminal, como a identificação fotográfica e digital, autorizando-a, conseqüentemente, ser realizada pela própria autoridade policial.

De acordo com julgamento da Suprema Corte americana do caso *Maryland v. King*, em 3 de junho de 2013³⁵, a polícia pode colher material para realização de exame de DNA de qualquer pessoa sob suspeita de haver cometido um crime “sério”, sem necessariamente ter sido condenada, como era prática até então.

Um dos pontos mais sensíveis à democracia e um excesso do estado de extrema vigilância reside justamente na falta de restrição de quem poderá ser submetido a essa identificação genética. Outro ponto é saber o que a polícia entenderá como sendo um crime “sério”, pois a permissão fica completamente elástica e imprevisível ao trazer conceito alarmantemente vago.

³⁵ USA, Supreme Court, *Maryland v. King*, disponível em http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-207_d18e.pdf.

Com similar previsão veio a legislação brasileira prevendo que, qualquer pessoa, e não apenas as já condenadas, podem ser obrigadas a fornecer material para o exame. Disso decorre a inevitável reflexão sobre a ética na atuação Estatal, sobre a propriedade e privacidade genéticas do cidadão, levando também ao debate a incidência *do Nemo Tenetur se Detegere*, da dignidade humana e do direito à autodeterminação como obstáculos à essa prática.

É certo que estes direitos do indivíduo podem ser restringidos em prol do interesse público, mas não seria minimamente justificável ao nosso ordenamento que seles fossem, completamente esvaziados por uma decisão administrativa da autoridade policial, sem qualquer lastro probatório, critérios legais para o afastamento e motivação constitucional para violação, conforme recente decisão da Corte norte-americana.

Sem qualquer fundamentação acerca da razoabilidade da medida, ou sequer submissão da medida à clausula de reserva de jurisdição, ignorar-se-ia todo o espírito constitucional de proteger o indivíduo frente ao “gigante” Leviatã estatal, permitindo ao Estado que, injustificada e irrestritamente faça um verdadeiro banco de dados com informações genéticas de qualquer pessoa que, por qualquer motivo vier a se encaminhar a uma delegacia de polícia.

A atuação estatal que interfira na intimidade do indivíduo de maneira tão abrupta, quanto à própria tradução, identificação e registro do seu perfil, de todas suas tendências e propensões genéticas, para não se aproximar de forma muito perigosa à situação de propiciar uma verdadeira eugenia futura deve ser mais limitada do que ao que essa tendência demonstrada tem parecido conduzir.

Se é sabido que a criminalidade vem se agravando e deve ser combatida com emprego de uma força estatal a sua altura, nos dizeres de Derrida em diálogo com Kant: a força para não se contrapor à própria justiça deve ser uma força legítima, que se justifica numa aplicação adequada – do contrário será apenas violência.³⁶

A prática de identificação criminal a partir do perfil genético tem se alargado enormemente no Estado norte-americano, e, atualmente, a identificação tem sido admitida como sendo um procedimento de identificação simples realizados na própria delegacia, tal qual se daria com um simples registro e identificação datiloscópicos, realizadas em acusados pela prática de quaisquer crimes.

No entanto, a análise não pode se restringir ao simples enquadramento da

³⁶ DERRIDA, Jacques. Força de Lei, wmf martinsfontes, São Paulo, 2010, fls. 8-10.

identificação genética criminal aos procedimentos identificatórios da prática policial, tal qual a identificação datiloscópica pelas autoridades policiais, visto que o exame DNA e identificação genética dão acesso a muito mais informações que um registro de impressão digital, levando, ainda mais, à imprescindibilidade do respeito ao direito à intimidade e privacidade.

A questão envolve a decisão sobre ser de interesse ou não do Estado ter acesso a informações genéticas de qualquer cidadão e a definição dos critérios éticos mínimos para determinar os limites da medida. Isso para evitar o absurdo que se tem verificado em que, sob pretexto de qualquer investigação, sem sentença ou condenação, estando o indivíduo investigado ou preso, com ou sem razão, sem qualquer possibilidade de recusa em fornecer o material genético, ele seja “codificado” num banco de dados genéticos estatal. Assim, não haveria qualquer conformidade constitucional ampliar ainda mais o permissivo para autorizar que a coleta fosse realizada segundo discricionariedade da própria autoridade policial, sem qualquer autorização judicial ou justificação de causa razoável.

O FBI atualmente tem um dos maiores bancos de dados genéticos, com registro de DNA de cerca de 11 milhões de pessoas, o que deve aumentar após a citada decisão da Suprema Corte, tornando nacional a decisão de autorizar a colheita de material genético de quaisquer suspeitos, ainda que sem condenação, nas próprias dependências policiais.

Cabe discutir então a extensão do direito à intimidade, à privacidade e sua eventual projeção à proteção da privacidade genética como direito fundamental, a ser afastada somente em condições específicas, previstas em lei, proporcionais, condizentes com a dignidade humana e devidamente motivadas em decisão judicial.

É necessário reafirmar no nosso ordenamento que a autorização para o afastamento desse direito à privacidade genética corresponderia às medidas que devem observar a cláusula de reserva de jurisdição, a fim de que não seja realizada indiscriminadamente nas sedes de delegacias policiais, submetendo qualquer suspeito a buscas irrazoáveis sob sua identidade genética, sem autorização judicial, conforme atualmente autorizado pela Suprema Corte americana.

Por fim, as decorrências sociais dessa atual admissão irrestrita de identificação do perfil genético, algumas vezes autorizadas quando genericamente interessar às investigações ou obrigatoriamente nos casos de crimes hediondos e dolosos com uso de violência, poderão ter maior gravidade discriminatória e repressiva que o admitido hoje pelos defensores da não limitação da medida em prol do controle da criminalidade. Com razão o Ministro norte-americano Antonin Scalia se opôs à decisão dada à *Maryland v King*:

“The Court disguises the vast (and scary) scope of its holding by promising a limitation it cannot deliver. The Court repeatedly says that DNA testing, and entry into a national DNA registry, will not befall thee and me, dear reader, but only those arrested for “serious offense[s]” (...) I cannot imagine what principle could possibly justify this limitation, and the Court does not attempt to suggest any. If one believes that DNA will “identify” someone arrested for assault, he must believe that it will “identify” someone arrested for a traffic offense. This Court does not base its judgments on senseless distinctions. At the end of the day, logic will out. When there comes before us the taking of DNA from an arrestee for a traffic violation, the Court will predictably (and quite rightly) say, “We can find no significant difference between this case and King.” Make no mistake about it: As an entirely predictable consequence of today’s decision, your DNA can be taken and entered into a national DNA database if you are ever arrested, rightly or wrongly, and for whatever reason.

The most regrettable aspect of the suspicionless search that occurred here is that it proved to be quite unnecessary. All parties concede that it would have been entirely permissible, as far as the Fourth Amendment is concerned, for Maryland to take a sample of King’s DNA as a consequence of his conviction for second-degree assault. So the ironic result of the Court’s error is this: The only arrestees to whom the outcome here will ever make a difference are those who have been acquitted of the crime of arrest (so that their DNA could not have been taken upon conviction). In other words, this Act manages to burden uniquely the sole group for whom the Fourth Amendment’s protections ought to be most jealously guarded: people who are innocent of the State’s accusations.

Today’s judgment will, to be sure, have the beneficial effect of solving more crimes; then again, so would the taking of DNA samples from anyone who flies on an airplane (surely the Transportation Security Administration needs to know the “identity” of the flying public), applies for a driver’s license, or attends a public school. Perhaps the construction of such a genetic panopticon is wise. But I doubt that the proud men who wrote the charter of our liberties would have been so eager to open their mouths for royal inspection.

I, therefore dissent, and hope that today’s incursion upon the Fourth Amendment, like na earlier one, will some day be repudiated.”³⁷

³⁷ Maryland v. King, disponível em http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-207_d18e.pdf, fls. 17-18.

Tradução livre:

A Corte disfarça o vasto (e assustador) alcance disso, prometendo uma limitação que não pode cumprir. A corte diz repetidamente que os testes de DNA, e inserção em um registro nacional de DNA, não recairá sobre você e eu, caro leitor, mas somente aqueles presos por “infração[ões] grave[s]” (...) Eu não posso imaginar qual princípio poderia justificar essa limitação, e o Tribunal não se esforça para sugerir algum. Se alguém acredita que o DNA vai “identificar” alguém preso por assalto(pode ser atacar também eu acho), deve acreditar que vai

Vale lembrar que a quarta emenda ao qual se refere o Ministro Scalia resguarda o cidadão de buscas e apreensões arbitrárias e desarrazoadas e traz a limitação do direito à investigação do Estado.

Maria Queijo, por sua vez, ressalta o caráter discriminatório dos atuais bancos de dado:

“Por vezes, a criação desses bancos de dados instrumentaliza e reflete a discriminação em relação aos menos favorecidos socialmente. Estudos realizados em relação aos bancos de dados genéticos na Inglaterra, a esse respeito, revelam que tais bancos são compostos, em sua maciça maioria, por informações genéticas de negros. Isso porque os jovens negros são alvo mais frequente de detenções do que os brancos e acabam tendo seu material genético registrado nos bancos de dados, o que potencializa, sobremaneira, suas chances de condenação criminal em relação aos brancos.”³⁸

Finalmente, o princípio *Nemo Tenetur se Detegere* deve ser observado ao se tratar da identificação criminal por perfil genético. Apesar do entendimento de que o princípio não pode ser invocado, em regra, na fase da qualificação e identificação do acusado, a identificação civil, documental, digital ou fotográfica realmente cumpririam com maior exatidão a função de individualizar o sujeito investigado e diferenciá-lo das demais pessoas na sociedade, e respeitar ao mesmo tempo os direitos fundamentais do acusado.

"identificar" alguém preso por uma infração de trânsito. Este Tribunal não baseia seus julgamentos em distinções insensatas. No final do dia, a lógica vira à tona. Quando surge diante de nós a obtenção de DNA de um detido por uma infração de trânsito, a Corte irá previsivelmente (e com razão) dizer: "Nós não podemos encontrar nenhuma diferença significativa entre este caso e o King ." Não se enganem sobre isso: como uma consequência inteiramente previsível da decisão de hoje, seu DNA pode ser obtido e inserido em um banco de dados nacional de DNA se você já tiver alguma vez sido preso, com ou sem razão , e por qualquer motivo.

O aspecto mais lamentável da pesquisa sem suspeita que ocorreu aqui é que ela provou ser completamente desnecessária. Todas as partes admitem que ela teria sido totalmente permitida, uma vez considerada a Quarta Emenda, para Maryland para obter uma amostra de DNA de King como consequência de sua condenação por assalto em segundo grau. Assim, o resultado irônico do erro da Corte é este: Os únicos presos a quem o resultado aqui vai fazer uma diferença são aqueles absolvidos dos crimes punidos com detenção (de forma que seus DNA's não poderiam ter sido obtidos após a condenação). Em outras palavras, essa Lei recai unicamente sobre o grupo para o qual as garantias da Quarta Emenda devem ser mais zelosamente garantidas: pessoas que são inocentes das acusações do Estado.

O julgamento de hoje irá, com certeza, ter o efeito benéfico de solucionar mais crimes; depois, novamente, também o faria a obtenção de amostras de DNA de qualquer pessoa que voe em um avião (certamente a Administração de Segurança de Transporte precisa conhecer a "identidade" do público do voo), qualquer pessoa que tente obter uma carteira de motorista, ou tente ingressar uma escola pública. Talvez a construção de tal panóptico genético seja sábio. Mas eu duvido que os orgulhosos homens que escreveram a Carta das nossas liberdades teriam sido tão ávidos em abrir suas bocas para uma inspeção real.

Eu, portanto, discordo, e espero que a incursão de hoje sobre a Quarta Emenda, como uma anterior, um dia seja repudiada.

³⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio do *Nemo Tenetur se Detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? Boletim IBCCRIM, ano 21, nº 250, setembro/2013 –ISSN 1676-3661, fl.08.

No entanto, o registro do perfil genético, além de permitir a identificação, tem caráter eminentemente probatório, além de abarcar uma série de informações de foro íntimo e fortemente atreladas à privacidade, autonomia e dignidade do indivíduo, o que torna imprescindível a observância ao princípio *Nemo Tenetur se Detegere* para sua obtenção, sob pena de se tornar inconstitucional. E mais, não poderá advir nenhuma consequência negativa na hipótese de recusa no fornecimento da amostra pelo acusado.

Por fim, a viabilidade da restrição ao *Nemo Tenetur se Detegere* para determinar realmente a coleta do material para realização do exame de DNA deverá atender estritamente ao princípio da reserva de jurisdição, estar prevista em lei prévia e atender ao princípio da proporcionalidade e aos subprincípios dele decorrentes – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito –. Em adição, a determinação deve guardar consonância com a dignidade humana, evitando as técnicas que impliquem intervenção corporal.

No que se refere à necessária previsão expressa e prévia em lei das hipóteses em que a medida poderá ser determinada, cumpre salientar que a função não é cumprida pela Lei 12.654/2012, uma vez que ela não traz critérios claros e objetivos das situações em que se justificaria a determinação da identificação genética e em que termos seria adotada a medida.

Bem assenta Queijo:

“Poder-se-ia argumentar que a Lei 12.654/2012 consubstanciaria o diploma para esse fim: restringir legalmente o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, por determinação judicial, já que tal lei estabelece que caberá ao juiz competente a decisão sobre a necessidade de coletar material genético do investigado ou do acusado. Não entendemos que seja assim. É que a Lei em questão, não obstante disponha que a coleta de dados genéticos será determinada pelo juiz competente, não propõe critérios pautados na proporcionalidade a nortear a decisão judicial, conferindo amplitude excessiva à coleta de material genético para fins criminais. O lacônico permissivo legal limita-se a autorizar a coleta de material genético quando a providência for ‘essencial para as

investigações’, sem indicar quaisquer parâmetros a serem observados.”³⁹

No mais, reitere-se os casos em que a supramencionada lei prevê que a identificação genética é obrigatória para crimes dolosos praticados com violência grave contra pessoa ou crimes hediondos. Na hipótese, ainda mais absurdamente inconstitucional, violou-se fatalmente o direito de não se autoincriminar, sem sequer submeter a decisão à apreciação judicial da necessidade da medida ao caso concreto.

CAPÍTULO 2

2.1 DNA COMO PROVA NO PROCESSO PENAL E O DIREITO À PRIVACIDADE GENÉTICA

De todo o exposto, a importante questão que exsurge está relacionada à possibilidade de se determinar a produção de exame de DNA como prova no processo penal sem o consentimento do indivíduo submetido ao exame.

O exame é realizado a partir da identificação dos genes, que são segmentos de DNA capazes de codificar a produção de uma proteína, em geral uma enzima. Dentro de uma célula, os genes estão localizados em seus cromossomos. O DNA é formado então por esse conjunto de genes, que se concentram nas estruturas dos cromossomos, que nas espécies diploides organizam-se em pares de cromossomos homólogos, onde cada um dos componentes é proveniente de um dos genitores.

Há então na espécie humana 23 pares de cromossomos que se combinam um a um e que possuem distribuídas entre si as informações exclusivas daquele indivíduo, reproduzidas desde a sua fecundação e que serão copiadas em cada nova célula sua que for gerada. Tal aspecto é fundamental e viabiliza a identificação genética através do exame de DNA de um indivíduo em comparação com uma amostra obtida, por exemplo, no local do crime.

³⁹ QUEIRO, Maria Elizabeth. O princípio do *Nemo Tenetur se Detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? Boletim IBCCRIM, ano 21, nº 250, setembro/2013 –ISSN 1676-3661, fl. 09.

O exame de DNA revelou imensa eficácia como prova no processo penal e tem sido muito utilizado em delitos que deixam vestígios, possibilitando a identificação da autoria e eventual afastamento de inocentes do rol de suspeitos.

O teste atualmente pode ser facilmente realizado através de exame biológico de fragmentos de sangue, fios de cabelo, pedaço de unha, saliva, sêmen, tecido epitelial e outras amostras e tem demonstrado elevado grau de acertos na comprovação da materialidade de crimes, até mesmo dos ilícitos de grande complexidade, tendo sido capaz de aferir com grande eficiência a verdade pretérita do delito. Pela facilidade de obtenção e eficiência na apuração dos delitos compreende-se a enorme relevância atribuída ao exame para o processo penal.

No Brasil, o órgão responsável pela realização de exames de DNA de maior notoriedade é, sem dúvida, o Instituto Nacional de Criminalística – INC, com sede em Brasília-DF, subordinado à Polícia Federal e ao Ministério da Justiça.

Nos exames realizados pelo instituto, os peritos em genética forense analisam o DNA humano colhido em amostras de material biológico deixadas nos locais dos crimes e, em geral, utiliza o padrão para comparação com o material genético de supostos envolvidos no delito ou até para identificação de vítimas, através de restos mortais, como ossadas e corpos carbonizados.⁴⁰

Os avanços tecnológicos trazidos pelas ciências biomédicas fazem surgir diversos questionamentos acerca da moral jurídica e dos limites para compatibilização entre os valores éticos do Direito e o progresso da biotecnologia interferindo na eficácia do próprio processo penal.

Não sendo absoluta a busca processual penal pelo esclarecimento de delitos, a produção de provas, como à possibilitada pelo exame DNA, encontra limites quanto ao seu objeto e forma de obtenção baseados nos valores consagrados pelo Estado no bojo do seu texto constitucional. A busca pela apuração dos delitos encontra limites éticos tendo em vista a preservação de direitos e garantias fundamentais, ainda que seja sacrificada em alguns pontos a reconstituição da verdade processual.

⁴⁰<http://www.apcf.org.br/PerficiaCriminal>, acessado em outubro 2013.

Dentre direitos e garantias que limitam a atividade probatória do Estado, destacam-se o direito à integridade física, autonomia e autodeterminação, privacidade (e também seu desdobramento à privacidade genética) e o *Nemo Tenetur se Detegere*.

Em especial, no que tange aos avanços biomédicinais, o Direito deve assumir seu importante papel de regulamentar e estabilizar os limites trazidos por tais inovações, sem os quais os sujeitos de direito de seu ordenamento se encontrarão em ambiente de completa instabilidade de expectativas e de infundáveis possibilidades de violações às suas garantias fundamentais, ameaçadas a todo o momento pelo acesso indiscriminado às suas identidades genéticas.

Deve para tanto, o Direito, estar constantemente atento às expansões que concede ao Estado em se utilizar dessas inovações em tecnologia genética para determinar indiscriminadamente uma intromissão da privacidade do indivíduo, sem razões e motivações suficientemente legítimas a justificar o grau da interferência na esfera individual que gera a identificação genética, especialmente quando realizada sem o consentimento das pessoas as quais submete.

Restringir sobremaneira o direito à privacidade em nome da segurança pública, de forma a possibilitar uma demasiada expansão nas autorizações de acesso às informações genéticas dos indivíduos pode acabar permitindo posteriormente um uso em caráter discriminatório e eugênico dessas informações. De outro lado, não se pode conferir também caráter absoluto à privacidade e vedar completamente a imensa e inegável contribuição que os avanços da tecnologia biomédica têm concedido à apuração de casos penais, especialmente os de grande complexidade, e sua contribuição para a eficácia do processo penal, reduzindo os casos de impunidade e auxiliando no afastamento de suspeitas que recaem sobre inocentes.

Assim, sem negar a imensa contribuição que presta ao processo penal, é necessário contrabalancear as consequências positivas dos avanços no campo dos exames de DNA, sua eficácia na apuração penal e importante instrumento contra a criminalidade; e, de outro lado, manter uma distância segura do ponto em que se poderia colocar esse instrumento nas mãos de um eventual poder situacional que, ao seu bel prazer, conseguisse implantar uma verdadeira eugenia.⁴¹

⁴¹ ECHTERHOFF, Gisele. O direito à privacidade dos dados genéticos. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito para obtenção do título de mestre em Direito. Curitiba, 2007.

Historicamente a evolução científica no campo genético gravou com os mais desafiadores marcos o campo da bioética e colocou em cheque valores éticos da sociedade, fazendo emergir a necessidade de sua rediscussão e definição de novos limites, que contassem com a força coercitiva do Direito para afirmá-los.

Tal choque se deu, por exemplo, nas realizações de experimentos pelos médicos do regime nazista nos judeus nos campos de concentração, durante a Segunda Guerra Mundial e fez com que, segundo Echterhoff ao citar Hannah Arendt⁴², o ser humano se tornasse supérfluo frente à banalidade do mal.

Uma das categorias de tais experimentos tinha por fim aprofundar os ideais raciais do regime nazista e envolviam vários testes de contágio de doenças em cada diferente tipo “de raça”, bem como experiências de esterilização em que os cientistas buscavam desenvolver diversos métodos que fossem baratos e eficazes na esterilização de grupos considerados pelos nazistas como geneticamente indesejáveis, tais quais judeus, ciganos, entre outros.⁴²

Como visto, discriminação e tentativa de realização de seleção eugênica estão presentes em lamentáveis capítulos da História da humanidade, antes mesmo que fosse descoberto o mapeamento genético humano. A facilidade de acesso às informações genéticas que a evolução científica veio possibilitar hoje urge de limitação ético-jurídica para evitar desastrosos resultados à convivência social e à má utilização de tais informações, por empresa, planos de saúde, empregadores, entre outros, como ressaltado pelo próprio magistrado norte americano no citado caso *Maryland vs King*.

No entanto, o que se vê pelas atuais leis nacionais que autorizam a criação de bancos genéticos (e determinam a identificação genética de indivíduos que ainda não tenham sido sequer condenados, sem prever nenhuma possibilidade de negativa do sujeito pautada no direito à não autoincriminação) é uma ausência de reflexão acerca das consequências que essa permissão conivente com o desenvolvimento desenfreado da técnica científica pode causar nas mais amplas esferas da convivência, existência e dignidade humana, gerando seleções e exclusões sociais inaceitáveis.

Acresce dizer, nesse ponto, que são inúmeras as possibilidades de má utilização das informações contidas em banco de dados genéticos, tanto na perseguição penal a

⁴²(Enciclopédia do Holocausto, disponível em <http://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10005168>).

determinados tipos étnicos mais submetidos ao exame identificatório, como do ponto de vista mercadológico, sem falar ainda de uma posterior finalidade eugênica.

Portanto, importa verificar, com ainda maior cautela, o direito à autodeterminação e intimidade do indivíduo em não fornecer seu padrão genético a compor esses bancos de dados, nas condições atualmente permitidas em lei, ou seja, sem sequer ter sido condenado previamente ou ter diante de si uma decisão judicial que determine a medida.

Nos dizeres de Paula Myszczyk:

“A leitura do genoma é objetada na medida em que o indivíduo se sujeita a ficar exposto a terceiros em sua intimidade biológica mais profunda. Dir-se-ia que o direito à intimidade está insito na proteção genérica e ampla do direito à intimidade contida no art. 5, X, da Constituição Federal”.⁴³

A discussão, como se vê, deve residir numa ampla decisão da sociedade sobre a orientação que adotará entre a restrição de uma dose de suas liberdades e privacidade em nome da segurança pública, e, nisto, em qual grau se permitirá a restrição de sua privacidade genética e expansão da investigação estatal em nome da vigilância e segurança públicas.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que a determinação de mapeamento genético do indivíduo, sem o seu consentimento, restringe, invariavelmente, os mencionados direitos, e que, a análise a ser feita deve ser capaz de avaliar em que situações essa restrição de direitos se justifica, permitindo a determinação do exame mesmo sem a anuência do indivíduo que a ele se submeterá.

A questão está diretamente relacionada ainda com o grau de observância do *Nemo Tenetur se Detegere*, sua possível flexibilização à luz do princípio da proporcionalidade e o impedimento da determinação contrária à vontade do indivíduo que implique intervenção corporal invasiva.

Em que pese as consequências favoráveis no avanço do exame de DNA, a eficiência e o grande interesse despertado pela evolução da técnica biomédica desses testes; a determinação de sua obtenção em contrariedade à vontade do indivíduo e a autorização legal nacional para concretização de verdadeiro banco de dados genéticos envolve uma série de

⁴³MYSCZYK, Ana Paula. Limites jurídicos à manipulação do genoma humano: a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, a Constituição Federal de 1988 e atual Legislação Brasileira de Biossegurança. Curitiba. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2002, p.93-94.

questões jurídicas, éticas e sociais que podem advir do mapeamento genético generalizado da sociedade. Nesse sentido, exorta Paula Myszczyk:

"as investigações sobre o genoma humano têm como objeto mediato e imediato o conhecimento das características do DNA humano, de seus componentes integrantes, suas funções e sua participação na transmissão da herança genética." ⁴⁴

Por fim, para enfrentar a problemática, o tratamento jurídico dado à evolução biomédica e ao crescente uso do exame de DNA como meio de prova no processo penal, inclusive sem o consentimento do indivíduo, deve ser capaz de preservar o direito da personalidade, não apenas considerando o indivíduo como um instituto do Direito, como sujeito de direitos e um dos lados de uma relação jurídica concebida a priori, mas preservá-lo em sua intimidade e preservar no maior grau possível os atributos próprios a sua natureza humana, tais quais sua consciência, dignidade, sentimentos, e ainda, preservar a saudável projeção de sua individualidade na sociedade.

Dispensar proteção ao direito da personalidade acarretaria dispensar ainda, na classificação de Limongi França⁴⁵, proteção ao direito à integridade física, moral e intelectual. Para outros doutrinadores, a título meramente exemplificativo, o direito à privacidade abarcaria o direito à intimidade, espécie daquele gênero.

Acentua o professor Eroulths Cortiano⁴⁶:

"O objeto dos direitos da personalidade são as manifestações essenciais da personalidade humana, projeções desta no mundo social, sem as quais falta dignidade suficiente à pessoa para ser reconhecida como tal na sociedade"

⁴⁴MYSCZYK, Ana Paula. Limites jurídicos à manipulação do genoma humano: a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, a Constituição Federal de 1988 e atual Legislação Brasileira de Biossegurança. Curitiba, 2002, p. 93. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

A respeito da bioética, biotecnologia e biodireito, ver mais em: ECHTERHOFF, Gisele. *Os dados genéticos e o direito à privacidade, a declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos*. Revista Eletrônica do CEJUR, v. 1, n. 1, ago./dez. 2006, pag. 208 e ss. Para a autora, a bioética seria "o ramo da ética filosófica que se ocupa do 'estudo das condições de possibilidade dos valores, normas e princípios, que procuram ordenar o avanço científico e tecnológico'". Ressalta ainda autora: "a Bioética mesmo com a pretensão de encontrar soluções às questões éticas suscitadas pelos avanços no campo da biotecnologia, vê-se impotente ao constatar-se como campo da ética, que nada mais é do que a ciência do dever moral, não detém os meios coativos indispensáveis em algumas situações, o que somente pode ser concedido pelo Direito." fls. 212.

⁴⁵ FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos privados da personalidade. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 370, p. 10-11, ago. 1966.

⁴⁶ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson [coord.]. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. P. 20.

Em síntese, o que o direito à privacidade ou intimidade quer resguardar, nesse diapasão, são as manifestações de esfera íntima, que só cabem ao indivíduo decidir divulgar ou não. Representa ainda a garantia ao indivíduo de dispor de todas as informações que lhe digam respeito, subtraindo-se à intromissão alheia injustificada, e selecionando os aspectos de sua vida que deseje tornar públicos ou não.

Por esses objetos que visa proteger é possível compreender que o direito à intimidade e a privacidade estão eminentemente atrelados à autorização de determinação de realização de exame de DNA como produção de prova no processo penal em situações em que não há a anuência do indivíduo submetido ao teste.⁴⁷

Evidentemente, e como exaustivamente mencionado, esses direitos também podem ser atenuados com vistas ao interesse público, em determinadas situações, quando estiverem em questão outros direitos fundamentais aos quais se atribua maior valoração no caso concreto. Especialmente agora, na era dos avanços científicos no campo da biomedicina e mais especificamente da genética, o direito à privacidade tem encontrado cada vez mais óbices à sua realização integral.

Nas palavras de Paulo José da Costa Júnior, um bom retrato da relação entre o direito à intimidade e os adventos científicos da atualidade:

O processo de corrosão das fronteiras da intimidade, o devassamento da vida privada, tornou-se mais agudo e inquietante com o advento da era tecnológica. [...] A revolução tecnológica, sempre mais acentuadamente, ganha um dinamismo próprio, desprovido de diretrizes morais, conduzido por um "cientificismo" ao qual são estranhas e mesmo desprezíveis quaisquer preocupações éticas, metafísicas, humanísticas. Torna-se cega e desordenada, subtraindo-se ao controle até mesmo dos sábios, que a desencadeiam. O crédito que toda a Humanidade abre à ciência ainda é ilimitado e prenhe de esperanças, mas já não se admite que o ingresso de nossa civilização na era da cibernética total possa operar-se à margem da reflexão crítica. Especialmente quando se sabe hoje que o progresso técnico interfere até mesmo na revolução biológica, modificando o seu curso.⁴⁸

⁴⁷ECHTERHOFF, Gisele. *Os dados genéticos e o direito à privacidade, a declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos*. Revista Eletrônica do CEJUR, v. 1, n. 1, ago./dez. 2006, pag. 227.

⁴⁸COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. São Paulo: RT, 1995, p. 22.

Por fim, a despeito de se admitir a necessária flexibilização dos direitos fundamentais com vistas à harmonização do ordenamento jurídico à luz das diretrizes constitucionais, e, nessa seara, a relativização do direito à intimidade e à privacidade; o Direito deve assumir seu papel em conter os avanços científicos desenfreados, estabelecendo determinados limites ético-jurídico para evitar que se ponham em risco valores caros e inerentes à própria condição humana decorrentes da observação de uma lógica meramente científica e econômica a determinar a dinâmica dos avanços científicos que se refletem também nas esferas jurídica e social.

Torna-se assim o Direito um importante ator frente às diversas possibilidades de ofensas ao direito à privacidade que o acesso desarrazoado e indiscriminado aos dados genéticos dos indivíduos sem o seu consentimento pode causar, tendo presente a gama de informações que são disponibilizadas mediante identificação genética, não apenas do sujeito diretamente submetido ao teste (mas de seus familiares inclusive).

Diante da complexidade da questão levantada, Volnei Garrafa, Sergio Ibiapina Ferreira Costa e Gabriel Oselka ressaltam as consequências da prática exacerbada na determinação de realização do exame de DNA sem o consentimento dos indivíduos submetidos à identificação genética, sem sequer se conferir a eles o direito de não colaborar com a realização do exame. Dizem os autores, que, especialmente nos Estados Unidos, nota-se como desdobramento da prática uma importante consequência no campo social. As empresas seguradoras, os empregadores, as escolas e especialmente as Cortes de Justiça estão vinculadas sempre a buscarem resposta de alta eficácia, com baixo custo e menores riscos. Nessa empreitada tem essas instituições se utilizado cada vez mais das técnicas dos testes de DNA. Alertam os autores ainda que os testes ultrapassaram a categoria de meros procedimentos médicos e chegam a criar hoje verdadeiras categorias sociais, contendo os indivíduos em quadros estáticos e reduzindo as questões e problemas sociais meramente às suas dimensões biológicas.⁴⁹

Conclui-se da análise do direito à privacidade, tendo em vista as inúmeras consequências que possui o conhecimento e informação sobre a genética humana, que os dados genéticos, como informações privadas integrantes da personalidade e da esfera mais íntima do indivíduo, devem ser melhores compreendidos e protegidos pela legislação

⁴⁹ GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel. A bioética no Século XXI. *Bioética*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 211, 1999.

brasileira, a fim de que o objetivo e forma de sua obtenção respeitem em maior grau as garantias constitucionais já consagradas no ordenamento, tais o direito de não se autoincriminar ou de não fornecer informações sobre a identidade genética sem justa motivação.

2.2 ANÁLISE DE CASOS

a) Caso Gloria Trevi, RLC 2040/STF:

Nesse caso, Gloria de Los Angeles Treviño Ruiz, cantora mexicana mais conhecida por Gloria Trevi, apresentou petição junto ao STF, depois convertida na Reclamação Constitucional 2040-1/DF, enquanto internada no Hospital Regional da Asa Norte (HRAN) aguardando o nascimento de seu filho. Como a reclamante estava respondendo a processo de Extradicação perante a Suprema Corte e, portanto, sob cautela do Supremo Tribunal Federal, reconheceu-se a competência deste tribunal para decidir o caso.

Alegou a autora, em síntese, que sabia que se pretendia realizar a sua revelia exame de DNA, e, para tanto, colher-se-ia material genético de seu filho, a partir do líquido amniótico, a fim de identificar a paternidade do nascituro, o que poderia desvendar a autoria do delito de estupro que a autora alegara ter sofrido nas dependências carcerárias da Polícia Federal do Brasil.

Nesse ponto, a reclamante posicionava-se contra a realização do exame de DNA para verificar a paternidade de seu filho, suscitando em sua defesa os direitos à intimidade, privacidade e demais direitos atinentes à sua personalidade e de seu filho, com base no art. 5º, X e XLIX, CRFB/88.

A questão a fundo e que ensejava a realização do exame de DNA compunham o Inquérito Policial nº 2001.33722-4 e visava apurar as circunstâncias da gravidez de Glória, que teria se iniciado em período durante o qual estava presa nas dependências da Polícia Federal, e, segundo a autora, seria fruto de um “estupro carcerário”. O inquérito visava apurar, desta forma, eventual responsabilidade administrativa e penal de servidores da Polícia Federal que se encontravam trabalhando durante o plantão e custódia da reclamante.

O caso é paradigmático e à época foi amplamente divulgado na mídia, com reportagens em algumas das revistas mais populares, e foi responsável por causar verdadeira

comoção popular de horror e ódio aos policiais federais, o que denegriu a credibilidade da própria instituição da Polícia Federal e do Estado brasileiro.

Os policiais se comprometeram a contribuir com amostras de seus materiais genéticos voluntariamente para solucionar o caso. No entanto, Glória Trevi se negou a fornecer o material genético de seu filho, recusando ainda a declarar a paternidade do nascituro. Diante de sua negativa, o Delegado de Polícia Federal responsável pela apuração do caso requereu e recebeu a concessão pelo juízo de primeiro grau para que fosse deferida a coleta de material genético da placenta da parturiente, permitindo a constatação da paternidade e eventual crime a ser responsabilizado a um dos policiais federais.

Assim, o Juízo da 10ª Vara Federal do Distrito Federal concedeu o pedido do delegado presidente do inquérito bem como do Ministério Público para que fosse determinada a realização do exame de DNA para apuração da paternidade do filho da cantora. Esta decisão ensejou a Reclamação apresentada perante o STF, sob o argumento de que a extraditanda, com processo ainda não transitado em julgado de extradição perante o STF, estaria sob as cautelas deste Tribunal, não podendo o juízo de primeiro grau determinar qualquer medida que a envolvesse, pois estaria adentrando na competência do Supremo Tribunal Federal.

A reclamante apresentou então ao Supremo Tribunal Federal pedido de reconhecimento de seu direito em não fornecer o material a servir de amostra para realização do exame de DNA, que foi recebido como Reclamação (sob o argumento de estar a reclamante presa sob custódia do STF em razão de processo de extradição que contra si corria).

Ao avaliar a autorização para coleta de material genético ainda que sem consentimento de Glória Trevi, o STF decidiu que o exame constituiria prova definitiva para esclarecimento acerca das circunstâncias da gravidez e que, tendo todos os 50 policiais federais se comprometido a fornecerem suas amostras de DNA, e não apresentando estes nenhum temor quanto o resultado da perícia, este deveria ser realizado.

Aduziu o ministro relator que o caso em questão envolvia a credibilidade e reputação não só dos policiais individualmente, mas das instituições da Polícia Federal, da Justiça e do próprio governo brasileiro, além do interesse internacional no esclarecimento dos fatos, bem como do governo mexicano e sua relação com o Estado brasileiro. Ao Ministério

Público coube ainda acrescentar o interesse do nascituro em ter apurada sua correta identidade genética e paternidade.

Além disso, os 50 policiais federais e 11 detentos ou ex-detentos que contribuíram com amostras de seus materiais genéticos, teriam agido não apenas com o dever de colaboração processual, mas em verdadeiro clamor coletivo para apuração do enigma em torno da gravidez da atriz. No caso, a verdade a ser apurada interessava diretamente à honra e a dignidade dos indivíduos suspeitos de terem participado do suscitado “estupro carcerário”.

Exemplo disso foram alguns processos movidos por policiais federais contra jornalistas enquanto não resolvido o caso, por crimes de difamação, calúnia e injúria, resultado da alegação destes profissionais da mídia de que aqueles policiais teriam mantido relações sexuais com a extraditanda dentre outras alegações espúrias.

Por esta razão o ministro relator sequer chegou a reconhecer no caso um conflito de direitos fundamentais a ser ponderado. Segundo ele, não se estaria diante de respeito e proteção constitucional de diferentes direitos ou valores, porque não haveria colisão de direitos, e sim uma verdadeira convergência de direitos: de um lado, o direito do nascituro de ver esclarecida sua origem e identidade genética e, em confluência, os direitos à honra, da dignidade e da intimidade dos demais envolvidos.

Reconheceu o ministro Néri da Silveira em seu voto:

“Com efeito, é ocioso ressaltar que somente com o cabal reconhecimento da paternidade todos os outros envolvidos/acusados poderão se livrar do grave encargo moral que injustamente viram recair sobre seus nomes, com consequências funestas do ponto de vista pessoal, familiar, profissional e social.

Em poucas palavras, quando se definir o verdadeiro pai, automaticamente ocorrerá o resgate moral de outros SESSENTA envolvidos, que se livrarão da pecha de estupradores que lhes foi imputada pelo senso comum.

Ora, cuida-se indubitavelmente de prestigiar direitos fundamentais dos sessenta inocentes no caso: ‘a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas – inciso X do rol de garantias constitucionais (art. 5º)’⁵⁰

Assim, entendeu que os direitos se satisfaziam simultaneamente: tanto o direito do nascituro de ver sua paternidade exata ser determinada, como o direito à honra, à imagem e à

⁵⁰ Voto do ministro Néri da Silveira, relator da RCL 2040-1/DF, fls. 161/221. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540>.

dignidade de 61 inocentes postos em suspeição diante de suas famílias e diante da sociedade. Afastou ainda o ministro qualquer possibilidade de se suscitar eventual direito da extraditanda a contrapor a medida viabilizada pela realização do exame DNA, pois o exame não implicaria qualquer procedimento invasivo ao seu corpo. A coleta de material da placenta após a realização do parto seria exame realizado com o mínimo de intervenção à privacidade e integridade da extraditanda.

Por fim, argumentou que, ainda que Gloria Treviño desejasse suscitar direito de seu filho em não se submeter ao exame, estar-se-ia diante de absurda situação de se invocar um direito fundamental de um indivíduo para impedir a realização de outro direito fundamental deste mesmo indivíduo. Esta hipótese, segundo Néri da Silveira, seria degradante à própria dignidade humana, pois, uma decisão judicial que, em nome de um direito isolado, exclusivo e de menor relevância no caso concreto, restringisse o exercício do maior número possível de direitos fundamentais estaria em franca oposição à própria Constituição.

Conclui o relator finalmente pela total ausência de recepção constitucional de decisão que atentasse contra o direito do nascituro e dos sessenta outros envolvidos:

“Uma objeção da extraditanda quanto à realização do exame ao argumento que se descobrirá com quem teve relações sexuais também não poderá, *data vênia*, prevalecer sobre o direito da criança quanto a saber sua origem genética. Embora esta fosse a única hipótese de colisão, este juízo não teria maior dificuldade em reconhecer que, do ponto de vista qualitativo e quantitativo, haveria de reconhecer que o direito à intimidade da extraditanda é numérica e substancialmente inferior aos direitos à intimidade, à honra, e à dignidade dos sessenta injustiçados, acrescidos do direito fundamental da criança acerca do reconhecimento de sua paternidade”.

Reconheceu-se ainda ser do interesse público a apuração dos fatos, haja vista que, embora não tenha havido representação da suposta vítima para que fosse movida eventual ação quanto ao crime de estupro, resistiria ainda interesse na apuração e atribuição das eventuais responsabilidades administrativas aos policiais envolvidos.

Por fim suscitou a dignidade humana tanto dos envolvidos quanto do menor para justificar a realização do exame DNA, prova essencial para as investigações do caso. Nesse ponto, considerou ainda a relevância do teste para os direitos do menor. É que, caso

descoberto pai brasileiro, e ainda, eventualmente sendo este funcionário público, não se desconheceria sua precedência pela guarda do menor frente à mãe, presa e processada criminalmente, com extradição certa para o México.

Partindo do pressuposto de estar em confronto o direito da atriz em não ver divulgada a identidade do pai de seu futuro filho e o interesse do Estado e dos envolvidos no prosseguimento nas investigações para tutelar a moralidade administrativa, a segurança pública, a eficiência da persecução penal bem como direitos fundamentais dos policiais e custodiados; o STF entendeu que, uma vez que os métodos empregados para realização do exame de DNA não se utilizassem de técnicas intrusivas e se baseassem em amostras da placenta, já desintegrada e corpo estranho à genitora e ao nascituro, após a realização do parto, **então estaria autorizada a coleta do material biológico do nascituro para extração do perfil genético e confronto com as amostras de DNA dos policiais federais e dos custodiados.**

No caso de Gloria Trevi ficou evidenciado o posicionamento do Supremo em admitir a realização do exame DNA como prova no processo penal sem o consentimento do sujeito passivo caso a medida fosse proporcional em sentido amplo e, em sentido estrito, a medida ao mesmo tempo se utilizasse de técnicas o menos intrusivas possíveis e garantisse ao máximo a centralidade dos direitos fundamentais dos envolvidos na lide.

b) Caso Roberta Jamilly⁵¹:

No presente caso, investigava-se os crimes cometidos por Vilma Martins Costa, constatados posteriormente nos sequestros de “Pedrinho” (Pedro Junior Rosalino Braule Pinto) e de Roberta Jamilly (que se chamava, na verdade, Aparecida Fernandes Ribeiro da Silva).

Roberta Jamilly se recusara a submeter-se ao exame de DNA para verificar a maternidade de Vilma.

⁵¹ <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1302200310.htm>

<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR55605-6014,00.html>

<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI86722-EI306,00-DNA+prova+que+irma+de+Pedrinho+e+bebe+sequestrado.html>

Em determinada ocasião Roberta compareceu à delegacia de polícia em Goiânia para prestar seu depoimento e ao final descartou restos do cigarro que fumara. O delegado de polícia apreendeu então os restos do cigarro e os remeteu à análise do exame de DNA para aferição da maternidade de Vilma, o que levaria à conclusão quanto aos crimes de sequestro.

Diz-se nesses casos que a colheita do material para submissão ao exame de DNA equivaleria aos casos em que a polícia acha no local do crime fios de cabelo, de sangue, impressão digital, e cumprindo seu dever de esclarecer os fatos, os apreende e submete à perícia, de acordo com previsto no art.6º, CPP, que preceitua:

Art.6º-Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

III-colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

O DNA realizado a partir da ponta de cigarro descartada por Roberta na delegacia de Goiânia atestou que ela não era filha de Vilma, tendo sido sequestrada por ela quando criança de sua mãe biológica Francisca Maria da Silva.

Novamente, a prova foi considerada válida, pois a perícia teria se realizado com base em saliva já fora do corpo humano e espontaneamente descartada em local público. Aplicou-se na ocasião o entendimento de que, se o material for descartado pelo indivíduo, o Estado não está impedido de utilizá-lo como amostra para realização da identificação genética do indivíduo.

Além disso, o exame de DNA realizado a partir do padrão genético realizou-se de maneira minimamente invasiva à intimidade Roberta, através de saliva presente no resto do cigarro descartado, e por outro lado, foi extremamente necessário e eficiente na resolução de um crime que há muitos anos não havia sido solucionado, pondo fim ao grande desconforto e perturbação à vida de duas famílias que tiveram seus filhos sequestrados há mais de 20 anos.

2.3 A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS NÃO INVASIVAS

A Constituição assegura ao indivíduo o direito de não ser obrigado a suportar intervenções corporais contra sua vontade, por exemplo, ao garantir-lhe o direito de não se autoincriminar, o direito à intimidade, à privacidade e à dignidade humana. Atento à esses

direitos fundamentais a regra é de estarem impedidas intervenções corporais para fins de colheita de prova sem a concordância do sujeito.

Ninguém estaria obrigado a ceder ou suportar que fossem retiradas partes de seu corpo para que com a amostra fossem produzidas provas que servirão contra si no processo.

Nos dois casos supracitados, os exames de DNA foram admitidos como provas no processo penal, pois os materiais biológicos objeto dos testes já estavam fora do corpo humano, não violando assim, a integridade humana nem o direito à autodeterminação e ao *Nemo Tenetur se Detegere*.

Considera o STF que partes não mais integrantes do corpo humano podem ser apreendidas e submetidas ao exame de DNA, sem que com isso se viole os direitos fundamentais do sujeito, sobretudo à privacidade, intimidade, e à não autoincriminação. Assim, comum à Suprema Corte, ao avaliar casos em que se questiona a licitude na determinação da realização do exame diante da recusa do sujeito passivo, é a realização do juízo de proporcionalidade da medida. Segundo esta análise, busca-se uma forma de obtenção de amostra biológica que implique o menor grau possível de intromissão do Estado na esfera individual do sujeito passivo, e que, ao mesmo tempo, seja capaz de conferir a melhor proteção dos direitos fundamentais das partes e de terceiros envolvidos no processo, que dependam da prova obtida através do exame DNA.

Assim, segundo esse entendimento, tanto no caso de Gloria Trevi como no de Roberta Jamilly, as amostras biológicas submetidas ao exame de DNA não mais pertenciam ao corpo humano vivo e poderiam ser apreendidas e submetidas ao exame ainda que não houvesse o consentimento do sujeito. A realização do exame a despeito da vontade de ambas se justificava segundo ditames da proporcionalidade, pois apresentavam um baixo grau de lesão à privacidade e integridade delas, atingindo minimamente suas intimidades corporais, enquanto preservava em maior escala direitos fundamentais em situação de maior fragilidade no caso, por exemplo em se tratando dos outros 61 suspeitos (dos quais 50 eram policiais federais) no caso de Gloria Trevi ou das duas famílias desamparadas há mais de duas décadas no caso de Roberta .

No caso de Roberta, em especial, o grau de intervenção que a obtenção da amostra para realização do exame de DNA gerou sobre a sua esfera particular foi ínfima, pois o exame

foi realizado a partir da saliva presente no cigarro descartado por ela nas dependências da delegacia de polícia. Pelo baixo grau de intervenção frente à importância do exame para a realização do caso, a visão constitucional sobre a proporcionalidade da medida concluiu pela licitude da prova, pois o exame de DNA utilizado como prova no processo penal resolveria o caso que envolvia direitos fundamentais mais intrínsecos de duas famílias, envolvidas no mistério insolúvel sobre o desaparecimento de seus filhos.

Nesse ponto, além da determinação de realização do exame DNA se justificar segundo o princípio da proporcionalidade nos casos concretos e de acordo com a relevância dos direitos contrapostos ao direito à não autoincriminação; os testes foram viabilizados sem que houvesse nenhuma intervenção no corpo dos indivíduos diretamente, por isso, abrangidos nas hipóteses consideradas válidas pela Suprema Corte.

No caso de Roberta Jamilly, há que se acentuar, em especial, que o delegado que autorizou a coleta do cigarro que viabilizou a realização do exame de DNA a desvendar o delito agiu em conformidade com o seu dever legal de colher as provas que sejam capazes de esclarecer os fatos investigados.

Não foi considerado que a autoridade policial tenha ultrapassado o limite do seu dever de ofício com a determinação, justamente por ter autorizado a coleta de amostra biológica que já não integrava mais ao corpo, mas era descartada junto aos restos do cigarro lançado ao lixo. Além disso, a realização do exame sem o consentimento de Roberta foi a única e essencial medida que viabilizou a apuração de um delito que há já 24 anos não era solucionado, de extrema gravidade e relevância, sobretudo para as pessoas e famílias biológicas de Pedro e Roberta, atendendo perfeitamente, portanto, ao princípio da proporcionalidade.

CAPÍTULO 3

3.1 MÉTODOS NÃO INVASIVOS E CONSENTIMENTO DO SUJEITO PASSIVO COMO CRITÉRIOS PARA A ADMISSIBILIDADE DO EXAME DE DNA COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

Existem alguns métodos de obtenção de provas que violam invariavelmente direitos fundamentais do acusado quando utilizados, ferindo especialmente direitos da

personalidade. Entre eles, tem-se o exemplo da prática da tortura, completamente rechaçada pelo ordenamento como mecanismo de obtenção de provas. No entanto, além dela, tem recebido importante destaque no debate sobre a constitucionalidade das provas, aquelas obtidas através de métodos invasivos.

Partindo-se do pressuposto de que a verdade real é inalcançável no processo, e que este visa reconstituir um complexo contexto factual pretérito nos autos no presente, entende-se a limitação que há naturalmente para a verdade processual objeto do sistema probatório. Assim, tem-se cada vez mais procurado se desenvolver métodos de aperfeiçoamento dessa reconstituição dos fatos, elaborando-se técnicas de obtenção de provas cada vez mais eficazes graças à contribuição da ciência e tecnologia, mas que, prescinde também de análise atenta aos métodos que disponibiliza para produções dessas provas e suas consequências nas esferas jurídica e social.

A exemplo, temos o importante tema das provas obtidas através de intervenções corporais, e mais especificamente o exame DNA, que possui tanto a face de contribuição à eficácia do processo e reconstituição da verdade como a outra face perigosa ao sistema acusatório - caso não encontre restrições e tratamento jurídico adequado -, o que poderia levar ao desvirtuamento do sistema e a deslegitimação do processo penal que o utilizasse indiscriminadamente.

A proibição de inserção de provas que invariavelmente violam direitos fundamentais no processo é importante instrumento de preservação da dignidade humana, sobretudo do acusado, quando se está diante de provas obtidas através de intervenção corporal invasiva, em que há inafastável necessidade do consentimento expresso daquele. A prova obtida em desrespeito a esta condição será ilícita e não poderá ser, a nenhum propósito, incorporada ao processo.

Assim, os exames de sangue, de DNA, ginecológicos, endoscopia, entre outros, utilizando-se de técnicas que implicam intervenção corporal, devem ser, em regra, somente utilizados quando haja consentimento do sujeito arguido e quando constituam medida proporcional às particularidades do caso concreto.

Prever antecipadamente as consequências processuais das provas obtidas com técnicas invasivas não consentidas pelo acusado é necessário inclusive para garantir a dissuasão dos métodos proibidos em prol da dignidade humana.

Ariane Trevisan discorre sobre a importante observância da anuência do acusado:

“Tanto ao arguido como às testemunhas, a proibição dos métodos de prova resultam diretamente na preservação da dignidade humana. Especificamente ao primeiro, da plenitude de sua condição de sujeito, devendo a norma salvaguardar seus direitos independentemente de qualquer outro interesse do Estado. É mister proteger a relevância do consentimento do acusado – queremos dizer com isso, que em nenhuma hipótese podem ser produzidas provas as quais exijam a cooperação deste, sem observância de sua aceitação expressa”.⁵²

Tendo presente as garantias decorrentes do *Nemo Tenetur se Detegere*, o acusado não é obrigado a contribuir com provas contra si no processo penal, não podendo ser coagido a contribuir com o exame de DNA para fornecer amostras ou suportar técnicas invasivas sob seu corpo que as colem. O indivíduo pode ser opor à realização da intervenção, e, para tanto, deve ser informado do seu direito de oposição, sendo-lhe assegurado o direito de não se autoincriminar.

Intervenção corporal corresponde à utilização do corpo humano mediante atos interventivos para investigação e comprovação de delitos, segundo definição de Asencio Mell⁵³. Não somente o imputado pode ser sujeito passivo das medidas de obtenção de prova através da intervenção corporal. Por exemplo, nos dois casos citados no capítulo anterior, o sujeito passivo não correspondia ao indivíduo investigado. No caso de Roberta Jamilly, foi ela, vítima do sequestro, que foi o sujeito submetido ao exame; no caso de Gloria Trevi⁵⁴, a determinação de realização compulsória do DNA foi destinada à cantora, que teria supostamente sido vítima de estupro durante sua estada nas carceragens da Polícia Federal.

Tendo consagrado o ordenamento nacional o princípio da inocência e do *Nemo Tenetur se Detegere*, a necessidade da anuência da pessoa sobre a qual recaia a intervenção destinada ao exame DNA faz-se imprescindível. No entanto, como a quantidade de células corporais necessárias à realização do exame é extremamente pequena, muitas vezes elas podem ser apreendidas sem que haja intervenção corporal. Amostras já descartadas do corpo humano que viabilizem o exame são comumente encontradas no lugar dos fatos, como

⁵² FIORI, Ariane Trevisan. A prova e a intervenção corporal. Sua valoração no Processo Penal. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, fl.90.

⁵³ MELLADO, José Maria Asencio. Prueba prohibida y prueba preconstituída. Madrid, Trivium, 1989, p.137.

⁵⁴ Gloria Trevi chegou a alegar nos seus depoimentos que teria sido vítima de “estupro carcerário”. No entanto, a cantora não formalizou representação contra os policiais e detentos suspeitos do suposto crime. Assim, a cantora não seria acusada nem mesmo quanto a eventual crime de denúncia caluniosa ou comunicação falsa de crime ou de contravenção.

mostras de sangue, fios de cabelo, de pêlos, etc. Ocasão em que podem ser apreendidas e submetidas à identificação genética, sem que seja necessária a anuência do indivíduo.

Do oposto, sempre que for necessária a colaboração do sujeito passivo para colheita de células que ainda integrem seu corpo, correspondendo assim à prova realizada através de exame DNA obtida com intervenção corporal invasiva, será imprescindível o seu consentimento.

De acordo com o raciocínio, evidente que, em havendo o consentimento no sujeito, poderá ser realizada qualquer espécie de intervenção corporal destinada à produção de provas no processo, que não chegue a configurar exemplos teratológicos de violações dos direitos humanos para obtenção de confissões e outras provas. Segundo Aury Lopes, isso se deve ao fato de que o conteúdo da autodefesa seria disponível e renunciável.⁵⁵

Assim, as provas produzidas através da realização do exame de DNA que não dependam de intervenções invasivas ao corpo humano, poderão ser admitidas em determinadas situações em face do princípio da proporcionalidade. Ao contrário, as que implicam ingerência no corpo humano e que invariavelmente violam portando, direitos fundamentais, não poderão ser produzidas sem o consentimento do indivíduo, sendo sempre ilícitas.

Sobre o assunto, discorre Fiori sobre a desproporcionalidade da medida invasiva frente aos direitos do sujeito passivo:

“(...) quando falamos das espécies de intervenções não invasivas, estas, em determinadas situações, poderiam ser admitidas em face do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Mas as intervenções invasivas que violam necessariamente os direitos fundamentais são provas ilícitas, não podendo ser consideradas como provas. É desproporcional a sua realização, isto é, não é justificável a limitação dos direitos do acusado em prol do esclarecimento dos fatos, tendo em vista a exposição por que passa o sujeito passivo”.⁵⁶

⁵⁵ LOPES Jr, Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, fls. 322/323.

⁵⁶ FIORI, Ariane Trevisan. A prova e a intervenção corporal. Sua valoração no Processo Penal. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, fl.114.

3.2 ADMISSIBILIDADE NA DETERMINAÇÃO DO EXAME DNA SEM CONSENTIMENTO DO INDIVÍDUO E O TEMPERAMENTO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* À LUZ NA PROPORCIONALIDADE.

Como mencionado, o *Nemo Tenetur se Detegere* como expressão do direito à não autoincriminação não constitui direito fundamental absoluto, como nenhum outro o é.

Tanto o direito à privacidade, à intimidade quanto o direito à não autoincriminação, possuem importante papel para a preservação da personalidade do indivíduo nas suas características inerentes de ser humano, e não apenas como instituto dogmático do direito. No entanto, há situações em que se vislumbra, diante do contexto, a necessidade de atenuá-los, ou ponderá-los, com vistas à justiça do caso concreto. Nessas situações, caso se decidisse preservar os mencionados direitos de forma absoluta, poder-se-ia ferir, em maior grau de lesividade e injustiça, outro direito presente no conflito.

Nessas ocasiões, e visando a preservação do ordenamento como um todo integrado e centralizado nos valores e garantias fundamentais, tem-se adotado o princípio da proporcionalidade como ponto de equilíbrio a resolver a oposição de direitos em conflito.

Conforme definição de Ariane Trevisan citando Gonzalez Cuellar Serrano, o princípio da proporcionalidade seria um direito fundamental decorrente da essência dos outros direitos fundamentais e do próprio Estado de Direito. O princípio funcionaria como critério interpretativo na aplicação das normas de processo penal, a fim de evitar aplicações arbitrárias das normas e ingerências desproporcionais pelo Estado que ferissem direitos fundamentais de personalidade de seus cidadãos.⁵⁷

O princípio tem servido como importante critério de equilíbrio, possibilitando correção de injustiças e distorções que a inadmissibilidade absoluta de provas ilícitas poderia ocasionar em algumas situações. Assim, em casos excepcionais, permite a utilização de provas que tenham violado algumas normas constitucionais ao serem produzidas, se elas corresponderem à única forma adequada e razoável de se proteger outros direitos constitucionais, considerados de maior estatura no caso concreto frente ao baixo grau de violação à intimidade do sujeito prejudicado pela medida. Dessa forma, possibilita o

⁵⁷ GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. Proporcionalidad y derechos fundamentales em el processo penal. Madri: Coles, 1990, pp.338/339. *Apud.* FIORI, Ariane Trevisa. A prova e a intervenção corporal. Sua valoração no Processo Penal. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, fl. 97.

temperamento da inadmissibilidade para proteção adequada e proporcional de direitos fundamentais em colisão.

Nesse sentido, e mais especificadamente em relação ao direito à segurança pública versus os direitos à intimidade, à privacidade e à não autoincriminação do sujeito, é feita a análise sobre a possibilidade da proporcionalidade servir como critério a autorizar a determinação de realização de exame de DNA como prova no processo penal, mesmo contra a vontade do indivíduo submetido ao teste.

Trevisan ao ressaltar que a análise da proporcionalidade da medida é permeada pela verificação dos três subprincípios que a compõem, assim diz:

“O princípio da proporcionalidade é composto por três subprincípios, os quais devem ser observados ao concretizar-se a ponderação dos valores e interesses a serem relativizados. O primeiro é a adequação, devendo haver relação adequada entre meio-fim em que toda limitação de um direito fundamental se estrutura, isto é, há a necessidade de uma justificativa plausível à limitação de um direito em favor de outro; o segundo é o da indispensabilidade, ou seja, a escolha pela limitação de um direito fundamental deve ser a última hipótese; não poderão existir mais alternativas, e o terceiro, a proporcionalidade em sentido estrito – os meios eleitos devem manter-se numa relação de razoabilidade com o resultado perseguido (equilíbrio entre vantagens e prejuízos).”⁵⁸

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem admitido o uso do princípio da proporcionalidade para atenuar a ilicitude na determinação compulsória de produção de exame de DNA somente nos casos em que não se exige do acusado uma colaboração ativa na produção da prova. O acusado não poderia ser compelido a contribuir ativamente com a produção de prova que o pudesse incriminar, bem como com o fornecimento de amostra para identificação genética com fins criminais, sob pena de se ferir o princípio do *Nemo Tenetur se Detegere*, dentre outros já citados. Além disso, a medida realizada em prol da investigação estatal deve gerar o mínimo de violação à intimidade corporal do indivíduo, que se justifique frente aos direitos fundamentais que o exame poderá proteger, uma vez considerado válido como prova no processo penal.

⁵⁸ FIORI, Ariane Trevisan. A prova e a intervenção corporal. Sua valoração no Processo Penal. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, fl. 98/99.

E não há que se falar em crime de desobediência em casos de recusa no fornecimento das amostras, pois o exame de DNA tem caráter eminentemente probatório no processo penal, e dele não se pode afastar o princípio do *Nemo Tenetur se Detegere* que não seja baseada na estrita proporcionalidade da medida.

Desta feita, apenas nos casos em que a determinação de realização de exame de DNA a servir de prova no processo penal contra a vontade do acusado atendessem aos três subprincípios da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade estrito senso) e ainda, não necessitassem de intervenções corporais invasivas para serem realizadas - garantindo a intangibilidade do corpo humano - é que elas poderiam ser aceitas no processo.

Portanto, desde que a realização do exame sem o consentimento do acusado seja uma forma eficiente e adequada de se provar o delito; seja o meio menos gravoso de comprovar algo importante à apuração do crime; e que a medida seja proporcional à gravidade do crime que se quer apurar, então a determinação de realização do exame de DNA através de técnicas não invasivas será válida, ainda que contra a vontade do indivíduo.

Aury Lopes Junior afirma a admissibilidade na determinação da medida nessas circunstâncias em que não é necessária a utilização de técnicas invasivas à realização do exame⁵⁹:

“É imperioso aceitar que devem ser toleradas as intervenções corporais que não representam nenhum risco para o sujeito passivo e que tampouco possam ser qualificadas de humilhantes, quando o delito seja grave e não exista outra forma de comprovar a autoria (ou algum outro pressuposto de responsabilidade).”⁶⁰

Com isso, não se deixaria de respeitar a proteção constitucional de diferentes direitos ou valores aparentemente em conflito, e a solução, atenta à unidade da Constituição, tentaria harmonizar da melhor forma possível ao caso concreto seus preceitos aparentemente divergentes, conforme impõe a análise da ponderação.

⁵⁹Conforme mencionado no capítulo 1, item 5, há parte da doutrina que faz a diferenciação dentre as provas produzidas mediante intervenção corporal em invasivas e não invasivas.

⁶⁰ LOPES Jr, Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, fls. 325.

A concordância entre os direitos do indivíduo que se opõe à realização do exame e os direitos eventualmente protegidos somente com sua realização se daria com base no critério da proporcionalidade, em que o sacrifício do direito à não autoincriminação, salvaguardado constitucionalmente, fosse feito na medida necessária, adequada, e proporcionalmente restritiva, tendo em vista a proteção de outro direito que somente pudesse ser preservado no processo caso realizado o exame de DNA.

A solução à aplicação dos direitos fundamentais colidentes no caso concreto reside na harmonização de ambos ou na restrição do âmbito de proteção de pelo menos um dos direitos em colisão de forma a realizar, segundo Alexy, de forma ótima os bens constitucionais que eles protegem.

Reitera o ministro Néri da Silveira em seu voto na Rcl 2040 (fls.193/194) o caráter unitário da Constituição, que deve lastrear qualquer decisão sobre ponderação atenta ao caso concreto:

“Isto porque, em virtude do Princípio da Unidade da Constituição, não há um modelo pré-existente para solução de conflito de valores constitucionais a nível abstrato, devendo a solução de cada caso ajustar-se topicamente Às contingências de cada problema concreto, seja harmonizando as normas em conflito, ou, ainda, fazendo proporcionalmente prevalecer um bem a outro, de modo a proceder a uma concretização adequada e razoável, obtendo-se a norma de decisão mais justa para o caso em exame.”

Como visto, para se determinar a prevalência de um direito em relação a outro, o exame há de ser feito, invariavelmente, com base nas peculiaridades do caso concreto, imprescindível para a solução do conflito.

Nos dizeres de Gilmar Mendes, interpretação dada pela Corte Alemã, cuja racionalidade metodológica se traduz adequadamente para o constitucionalismo brasileiro:

“A Corte Constitucional alemã reconheceu expressamente, que ‘tendo em vista a unidade da Constituição e a defesa da ordem global de valores por ela pretendida, a colisão entre direitos individuais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional pode legitimar, em casos excepcionais, a imposição de limitações a direitos individuais não submetidos explicitamente à restrição legal expressa’.

Ressalte-se, porém, que, tal como apontado no presente trabalho,

o Tribunal Constitucional não se limita a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo precedência ao de maior hierarquia ou significado. Até porque, como observado dificilmente logra-se estabelecer uma hierarquia precisa entre direitos individuais e outros valores constitucionalmente contemplados. Ao revés, no juízo de ponderação indispensável entre os valores em conflito, contempla a **Corte as circunstâncias peculiares de cada caso**. Daí afirmar-se, correntemente, que a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à concordância prática (*praktische Konhordanz*), de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade.”⁶¹

Nessa seara, é possível compreender que o direito à não autoincriminação quando em colisão com outros direitos caros a outros indivíduos no caso concreto, e, sendo estes mais relevantes nas circunstâncias peculiares do caso, pode ser aquele atenuado para que seja determinada, ao revés do seu destinatário, a realização de exame de DNA a fim de se fazer prova no processo penal.

O que se ressalta, contudo, é a necessidade da análise se basear em legítima racionalidade que atenda ao direito do devido processo legal e à ampla defesa. Além disso, a medida que restringe o exercício do *Nemo Tenetur se Detegere* deve ser resguardada somente à autoridade judicial, que deve fazer com que a ponderação esteja claramente presente na motivação da sentença a autorizar a realização do exame contra a vontade do indivíduo. Caso contrário, poderá se estar diante de agigantamento exacerbado do Estado, que infringe direitos inerentes à própria característica humana, tais quais a privacidade genética, e que poderá causar todas as graves consequências listadas anteriormente, tais quais a discriminação no sistema de saúde, exclusão e preconceito social, seletividade econômica, trabalhista e viabilizar a própria eugenia.

Conforme preceitua Trevisan, são pressupostos para a admissibilidade da prova obtida mediante intervenção corporal:

“(...) a existência de um processo judicial, a decisão fundamentada que permite a medida, a realização de uma audiência prévia com o destinatário da medida, a presença do advogado do acusado quando da realização da intervenção corporal, o cuidado com

o local e a duração da intervenção, bem como a forma de execução desta.”⁶²

De qualquer forma, a análise deve se basear sempre no grau de lesividade que a medida gere na esfera dos direitos individuais, garantindo a preservação da dignidade humana e a razoabilidade da realização do exame sem consentimento do indivíduo frente ao fim e a necessidade de sua contribuição no processo. Com razão Ariane Fiori:

“A dignidade da pessoa humana é a referência para qualquer atuação do Estado em relação ao cidadão, sendo o princípio da proporcionalidade balizador da aplicação das normas. Este deve proteger a dignidade independentemente da relativização de qualquer outro interesse. A sua principal função é efetivar a proteção da liberdade para o exercício dos direitos fundamentais”⁶³

“Não podemos aceitar aquelas (provas) invasivas, que violam a dignidade humana. Sustentar esse tipo de medida é a política do terror, em que se transfere a responsabilidade pela falta de políticas públicas, com o consequente aumento da criminalidade, para o cidadão”.⁶⁴

Nesse sentido, as palavras de Ingo Wolfgang a respeito da necessidade de proteção da dignidade do indivíduo, valor insuperável, e seus desdobramentos nos direitos à intimidade e privacidade frente às ingerências estatais:

“O que se percebe, em última análise é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não

⁶² FIORI, Ariane Trevisan. A prova e a intervenção corporal. Sua valoração no Processo Penal. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, fls. 116.

⁶³ FIORI, Ariane Trevisan. A prova e a intervenção corporal. Sua valoração no Processo Penal. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, fls. 96.

⁶⁴ FIORI, Ariane Trevisan. Obra.cit., fls. 115.

haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças”⁶⁵.

3.3 O EXAME DE DNA OBTIDO SEM O CONSENTIMENTO DO SUJEITO PASSIVO ACEITO COMO PROVA NO PROCESSO PENAL E A SENTENÇA QUE O DETERMINA.

Há quem defenda, como Ariane Trevisan, que a decisão que autoriza o cumprimento da medida de intervenção corporal para obtenção de amostra de DNA deve especificar a admissão de força coercitiva, caso a autorize. Nessas ocasiões, sustentam alguns autores ainda a necessidade da presença do defensor para acompanhar a realização da intervenção corporal, a fim de resguardar os direitos do acusado e a regularidade do procedimento, salvo situações excepcionais em que se podem perder os vestígios ou alguma outra impossibilidade na espera.

Além disso, a doutrina aponta que as intervenções corporais, consentidas ou não, realizadas sob o réu ou qualquer outro destinatário, uma vez determinadas para servirem de prova no processo, deveriam ser preferencialmente realizadas em setores ambulatoriais ou hospitalares, lugares adequados, idôneos e seguros à saúde do sujeito submetido à intervenção, garantindo-lhe melhores cuidados médicos. Devem ainda durar o menor tempo possível, sendo que, quanto mais breve o período e menor o grau de intervenção, melhor, de acordo com as peculiaridades de cada espécie dentre as diversas medidas possíveis de serem realizadas.

Assevera Etxeberria:

“Como há quedado señalado, siendo mayoritaria la posicion legislativa, doctrinal y jurisprudencial que aboga por encomendar al personal médico-sanitario em sus diversas acepciones la práctica de las diligencias de investigacion corporal, sería deseable que esas intervenciones se llevaran a cabo em establecimientos hospitalarios o de asistencia ambulatoria em condiciones equiparables a las análogas atenciones de cráter médico-sanitario. Con ello se pretende no sólo la disponibilidad de los medios técnicos necesarios para aquella ejecución, sino que la incidencia em el ámbito de la intimidad corporal sea de la menor intensidad posible desde el punto

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, fls. 108/109.

de vista no sólo de la propia intimidad, sino también, sobre todo, de la dignidade de las personas”⁶⁶

Deve ainda a sentença que autorize a medida sem anuência do sujeito passivo expor claramente a análise da proporcionalidade consubstanciada nos três subprincípios que a integram, quais seja, a avaliação sobre a necessidade, a adequação e proporcionalidade no sentido estrito da medida. Vencida essa etapa e ao concluir após a ponderação dos bens jurídicos constitucionais em conflito que a realização compulsória do exame respeita à proporcionalidade e faz-se essencial à resolução do processo, então deve ainda a decisão abarcar as formas de realização do exame que não impliquem técnicas invasivas para sua realização.

A decisão deve expor necessariamente todas as circunstâncias que, sob a análise da proporcionalidade da medida, justificaram a determinação da realização do exame através de intervenção corporal (não invasiva) em detrimento dos direitos fundamentais do sujeito que tenha se recusado a colaborar espontaneamente com a medida. Deve igualmente informar qual a necessidade da medida e o qual será sua finalidade no processo, em outras palavras, deve esclarecer quais os direitos do acusado estarão sujeitos à limitação em prol da realização do exame, e quais serão as consequências de seus possíveis resultados.

Guridi ressalta a necessidade de exposição de todos os motivos e implicações pelo juiz ao deferir a medida, alegando que uma investigação corporal que não tenha seu procedimento muito bem especificado pode se tornar uma “carta em branco”, fruto de uma incoerência em se autorizar genericamente uma série de intervenções corporais não invasivas, com o único argumento de que elas não causariam perigo à saúde do sujeito destinatário,

⁶⁶ EXTEBERRIA GURUDI, José Francisco. Las intervenciones coporales: su práctica y valoración como prueba em el proceso penal. Madris: Trivium, 1999, p. 399

Tradução livre: "Como há firmemente sinalizado a posição majoritária legislativa, doutrinária e jurisprudencial que defende à confiança nos profissionais médico-sanitários, em suas diversas acepções, a prática da diligências de investigação corporal, seria desejável que essas intervenções fossem realizadas em estabelecimentos hospitalares ou de assistência ambulatorial em condições equiparáveis às análogas atenções de caráter médico-sanitário. Com isso se objetiva não só a disponibilidade dos meios técnicos necessários para aquela execução, mas que a **incidência no âmbito da intimidade corporal seja da menor intensidade possível** desde o ponto de vista da própria intimidade, como também, sobretudo, da dignidade das pessoas."

ferindo-se, fatalmente, o princípio da proporcionalidade, a dignidade humana, e a própria essência do Estado Democrático de Direito.⁶⁷

Todos esses requisitos para a admissibilidade da identificação genética a servir de prova no processo penal possuem estreita relação com a preservação da organização social baseada na primazia do indivíduo, que não pode ser prejudicada desproporcionalmente por intromissões justificadas genericamente pelo anseio ilimitado pela eficiência processual.

Finalmente, em consonância com todo o exposto, o posicionamento de Ariane Trevisan, desprovido do receio de incidir na reiterada conclusão de necessidade de mudanças estruturais na nossa sociedade, que garanta mais amplo acesso dos cidadãos a seus direitos fundamentais:

“Fazer alguém, sendo ele culpado ou não, submeter-se a exames em que o seu próprio corpo será objeto de prova é colocá-lo em uma situação não só desagradável, mas humilhante. Acreditamos que é possível a concretização de um processo judicial, condenando o culpado, sem violar os direitos mais preciosos do ser humano e sem significar impunidade. Aceitar esse meio probatório é dar uma carta branca aos aparelhos repressivos que, a qualquer momento, poderão decidir submeter cidadãos a constrangimentos para dar uma resposta à criminalidade, transferindo a responsabilidade pela falta de políticas públicas que faz, a cada dia, aumentar a violência. Conforme Fauzi Hassan⁶⁸ a intolerância e a tortura que sustentaram os sistemas autoritários, hoje aparecem disfarçadas no combate ao caos, e o discurso de desordem coloca situações-limite, cria técnicas mais refinadas das práticas inquisitivas anteriores.

(...)

A diminuição da criminalidade e a condenação dos culpados não podem ser realizadas com o retorno de medidas

⁶⁷ ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba em el processo penal. Madrid: Trivium, 1999, fls. 118.

⁶⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal de emergência. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, fls. 40/49.

inquisitivas disfarçadas, mas com políticas de responsabilidades e não de terror, dando saúde, educação e emprego para o povo.”⁶⁹

⁶⁹ FIORI, Ariane Trevisan. *Op.cit.*, fls. 129.

CONCLUSÃO

O tema de produção de provas possui extrema relevância e implicação no próprio direito à ação e na expectativa da parte de ver sua pretensão reconhecida. Destarte, determinar quais são os limites da ilicitude e admissão das provas que pretenda produzir no processo está diretamente ligado ao seu interesse em formar o convencimento judicial a seu favor.

No Brasil, o sistema probatório possui rol meramente exemplificativo na legislação, permitindo a existência de outras provas inominadas, desde que estejam de acordo com o ordenamento vigente. Assim, dependerão de um juízo de admissibilidade preventivo para que se insiram no processo validamente.

Nesse intuito, há limites nas formas de obtenção das provas, cuja violação pode gerar sua exclusão do processo, caso atentem sobremaneira contra a integridade física, psíquica, à liberdade e à dignidade do acusado. Isso porque a busca pela segurança pública e pela verdade absoluta não podem sacrificar ilimitadamente os direitos fundamentais dos indivíduos suspeitos, mormente quando a persecução implica intrusão admitida pelo Estado sobre o próprio corpo desses indivíduos.

Quando ultrapassados esses limites, surgem então as provas ilícitas.

Destarte, é possível se verificar a relevância do tema tanto para o ordenamento nacional como para ordenamentos internacionais, uma vez que se verifica a crescente tendência em alguns países da América e da Europa em autorizar a utilização do exame de DNA como prova no processo penal, sem que para sua validade exijam a anuência do indivíduo submetido à intervenção.

A centralidade da questão tanto para os cidadãos como para profissionais do direito, como da medicina e da biologia genética torna-se evidente na sociedade contemporânea, regida pelo sistema capitalista e largamente fundada no poder da informação, em que o perigo na identificação genética indiscriminada (que pode acabar gerando um banco de dados genéticos de grande parte da população, quando não, seletivamente da população menos favorecida) reside ainda nos interesses econômicos atrelados a essas informações genéticas e que podem resultar, em nome do lucro, no mau uso dessas informações por empregadores, planos de saúde, no controle eugênico, entre outros, em franca afronta à dignidade humana e aos direitos da personalidade, em especial à privacidade.

Por essa razão, o exame de DNA, em regra, quando determinada a sua realização contra a vontade do acusado a ser utilizado como prova no processo penal, corresponde a uma prova ilícita.

Verificou-se ao longo desse trabalho, contudo, que há situações em que essa ilicitude é afastada com vistas a não gerar soluções desarrazoadamente injustas às peculiaridades do caso concreto. É que, nessas situações, como nos exemplos dos casos paradigmáticos mencionados, caso prevalecesse sempre inflexível a inadmissibilidade das provas ilícitas, tais quais as obtidas através de exames DNA para os quais não anuíram os acusados, poder-se-ia violar grave e irreversivelmente outros direitos fundamentais de mais elevada estatura no caso concreto, como foi visto no exemplos dados e mais patentemente do processo de Glória Treviño.

De outro lado, tornou-se notável que a proteção da dignidade humana, concebida como centro de todo o ordenamento jurídico, do direito a não autoincriminação e, mais especificamente, do direito à privacidade frente à identificação genética, ensejam um tratamento mais responsável e criterioso pela legislação brasileira, sob pena de se dar margem a usos discriminatórios, comerciais e eugênicos dessas informações genéticas.

Nesse sentido, vale destacar que ao direito à prova não pode ser dado maior valor que ao direito à intimidade e à privacidade como regra geral, mas estes, em casos extremamente excepcionais, podem chegar a ser atenuados com base na proporcionalidade e justiça no caso concreto, frente a outros direitos constitucionais em apreço ou em nome de direitos fundamentais de outros indivíduos também envolvidos.

Chegou-se então a conclusão de que o posicionamento jurídico frente à evolução da ciência genética e ao crescente uso do exame de DNA como meio de prova no processo penal, inclusive sem o consentimento do indivíduo, deve ser capaz de fazer valer a função mais intrínseca do Direito que é possibilidade de usar seu poder de coerção perante a sociedade de maneira cautelosa e com vistas a preservar a justiça para acrescentar valores caros à sociedade aos avanços conduzidos aos sabores das ambições científicas e econômicas.

Assim, principalmente em se tratando de prova obtida através de exames de DNA, que não apenas interfere nos interesses da acusação e da defesa, mas muito comumente gera consequências nas esferas de diversos terceiros no processo, como nos dois casos aqui

citados; o Direito deve ser capaz de conter e regular quando preciso os avanços movidos pelos anseios eminentemente científicos e econômicos e inserir os valores constitucionais como fator a contribuir também para a determinação da dinâmica e limitação dos avanços pertencentes ao espaço comum a essas áreas, tal qual o é o exame de DNA e a consequente identificação genética em larga escala dos indivíduos que compõe sociedade sob o argumento da eficácia no processo.

Por sua vez, a doutrina tem apontado a utilização da proporcionalidade como critério de otimização da decisão sobre a admissibilidade ou não da determinação compulsória de produção de prova penal através do exame DNA, para possibilitar temperamento da decisão acerca da inadmissibilidade e da vedação à autoincriminação, permitindo uma solução mais justa às peculiaridades da situação concreta.

Ficou evidenciado o entendimento atual da jurisprudência nacional corroborado pelo próprio posicionamento que marcou paradigmaticamente o entendimento do STF no caso da Gloria Trevi segundo o qual, caso as amostras de material biológico possam ser obtidas sem que se obrigue o investigado a suportar uma intrusão no seu corpo, tampouco o obriguem a colaborar fornecendo ele mesmo a amostra, então a prova obtida através do exame DNA realizado sobre restos de cabelo, saliva, ou outro material biológico descartado e que não integrem mais o corpo vivo do sujeito podem ser admitidas e valoradas no processo (ressalte-se, se determinada por autoridade judicial e respeitem ao princípio da proporcionalidade da medida).

Da análise das consequências que podem advir de uma utilização exacerbada da identificação genética sob o argumento da eficácia do exame DNA como prova no processo penal e de ser ele importante instrumento contra a impunidade, concluiu-se pela imprescindibilidade de manutenção do caráter excepcional da medida. Do contrário, poder-se-ia resultar num agigantamento exacerbado Estado de vigilância, sem qualquer respeito às esferas particulares e a necessidade de privacidade e intimidade dos sujeitos que o compõe.

Além disso, pareceu acertada a imposição de que a medida esteja reservada à determinação judicial, em que o juiz possa motivar a decisão pela determinação da prova interventiva segundo critérios: da proporcionalidade entre os interesses em questão, da solidez das suspeitas em relação ao sujeito passivo e da idoneidade da medida em relação ao crime que se quer comprovar.

Especialmente quando se trata de possibilitar a identificação genética dos indivíduos a compor um verdadeiro banco de dados nacional, verificou-se imperioso restringir criteriosamente os casos permitidos para realização do exame, devendo, em regra, (fora situações excepcionais em que se poderia esvair a fonte de prova) ficar proibida a sua realização sob meros suspeitos sem qualquer condenação e sem a decisão única e exclusiva das autoridades judiciais que a autorize.

Necessário ainda ter presente, quando se fala em identificação genética com tendências a permissão em larga escala, das citadas consequências sociais que a disseminação das informações genéticas pode causar, o que ensejou uma breve análise sobre imperativos da privacidade genética.

Aferiu-se a partir de então que a admissibilidade da determinação compulsória de realização do exame de DNA quando proporcional e realizada através de métodos não invasivos e através de intervenção na menor intensidade possível à esfera individual e intimidade corporal do indivíduo, pode ser o exame medida essencial e diferencial à realização da justiça no caso concreto, garantindo a sociedade contra o indesejado quadro de impunidade e protegendo direitos constitucionais de maior estatura.

Nos dois casos citados, entre outros que possuam contexto fático similarmente peculiar, eventual rigidez na inadmissibilidade baseada no princípio do *Nemo Tenetur se Detegere* corresponderia a verdadeira desproporção entre os direitos ameaçados com a inconclusão de um processo e de outro lado a mera relutância da parte a quem não interessa o resultado das investigações, pois sequer se acarretaria intromissão em sua integridade corporal, que permanece intacta.

De outro lado, infere-se do exposto também a importância de garantir a eficiência do processo penal como instrumento contra a impunidade, e contar para tanto com a contribuição da tecnologia científica a favor do direito, como exemplo o exame de DNA e sua contribuição como prova no processo penal. Os dois casos concretos aqui expostos são claros exemplos em que o exame contribuiu de maneira extremamente positiva para a eficiência do processo penal consentânea à realização da justiça no caso concreto e à garantia dos direitos fundamentais de diversos envolvidos além do acusado.

Isso, contudo, sem deixar de atentar-se ao cumprimento das garantias constitucionais, que devem ser observadas como um todo unitário e harmônico e não isoladamente interpretada sob a hermenêutica de interesses parciais movidos por ensejos ilegítimos, tais quais os meramente econômicos ou jurídico-autoritários (retrocedendo ao posicionamento de enxergar o indivíduo como objeto do processo que tinha por fim revelar a verdade absoluta).

O que ainda se questiona e ainda não foi totalmente esclarecido pela jurisprudência nacional é se a limitação simplesmente de utilização de técnicas não invasivas e do princípio da proporcionalidade seriam critérios suficientes a garantir a dignidade humana em alguns casos concretos, da forma como têm sido aplicados. Por exemplo, o caso de Roberta Jamilly traz à discussão ser seu direito ou não se opor à realização do exame de DNA para comprovação de sua maternidade biológica e continuar considerando Vilma sua mãe. Vem à tona nesse caso, o debate sobre um possível excesso de intromissão do Estado em sua esfera privada, mesmo que através de técnicas não invasivas e consideradas válidas pela nossa jurisprudência.

Da exposição dos casos, ficou evidenciado atual posicionamento da jurisprudência nacional, que tende a verificar se a realização do exame contrária à vontade do sujeito passivo pode se justificar segundo ditames da proporcionalidade, uma vez que apresentem, de um lado, baixo grau de lesão à privacidade e integridade do sujeito submetido ao teste enquanto preserve em maior escala direitos fundamentais em situação de maior fragilidade no caso, e até, relativo a maior número de pessoas, como exemplificado no caso da cantora mexicana.

Importante exemplo foi visto no caso Gloria Trevi em que se privilegiou a honra, a dignidade dos policiais, da instituição de Polícia Federal, e do próprio Estado Brasileiro, a moralidade administrativa e a segurança nacional em detrimento da vontade da atriz de não produzir prova através da realização do exame DNA, uma vez que este foi possibilitado através de técnica que não implicava invasão corporal e possuía baixo grau de intervenção à privacidade da cantora.

Conclui-se, por ora, pela adequação do posicionamento jurisdicional e doutrinário, ainda que necessitem de maior aprofundamento sobre as consequências da permissão que a legislação conferiu à realização do exame DNA a servir de prova no processo penal em larga escala. Pareceu adequado, entretanto, o imperativo observado durante o trabalho, consistente nas seguintes limitações na determinação do exame de DNA como prova no processo penal:

que ou exame seja realizado com o consentimento do sujeito passivo; ou que, em não havendo consentimento, sejam estritamente observados pela decisão judicial que o autorizar os princípios da proporcionalidade, do direito a não autoincriminação e da vedação de técnicas invasivas para obtenção das amostras genéticas, todos à luz do princípio da dignidade humana, central no nosso ordenamento. Fora dessas hipóteses, a prova obtida através de exame de DNA será considerada prova ilícita, e, portanto, não poderá ser valorada no processo, devendo ser desentranhada dos autos, bem como as que dela derivem.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Malheiros editores, 2008.

ALMEIDA, JR., A; COSTA Jr. J.B. de O. *Lições De Medicina Legal*, 19ª edição, Editora São Paulo: CEM 1987.

ARANHA. Adalberto José, Q.T de Camargo. Da prova no processo penal. Editora Saraiva, 2004.

ÁVILA, Thiago Andre Pierobom. Provas ilícitas e proporcionalidade, uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, Universidade de Brasília, Dissertação de Mestrado em Direito, 2006

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3ª edição. Editora revistas dos tribunais. 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*, 3ª ed, Coimbra, Almedina, 1999.250, setembro/2013 –ISSN 1676-3661.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 15.ed, editora Saraiva, 2008..

CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal de emergência. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002

COSTA JUNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. São Paulo: RT, 1995.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson [coord.]. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DERRIDA, Jacques. Força de Lei, wmf martinsfontes, São Paulo, 2010,

ECHTERHOFF, Gisele. O direito à privacidade dos dados genéticos. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito para obtenção do título de mestre em Direito. Curitiba, 2007.

_____. Os dados genéticos e o direito à privacidade, a declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos. Revista Eletrônica do CEJUR, v. 1, n. 1, ago./dez. 2006.

EXTEBERRIA GURUDI, José Francisco. Las intervenciones coporales: su práctica y valoración como prueba em el proceso penal. Madris: Trivium, 1999.

FIORI, Ariane Trevisan. *A prova e a intervenção corporal. Sua valoração no Processo Penal*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 8ª edição, editora dos tribunais, 2004. São Paulo. DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*, editora impetus, volume I, Niterói, RJ, 2012

LOPES Jr, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Volume 1, 7 ed. Ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro: 2012. p. 517.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

MELLADO, José Maria Asencio. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid, Trivium, 1989,

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*, 2ªed, revista e ampliada. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004., fl.01/02.

MYSCZUK, Ana Paula. *Limites jurídicos à manipulação do genoma humano: a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, a Constituição Federal de 1988 e atual Legislação Brasileira de Biossegurança*. Curitiba, Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais. 2011.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual Penal*, p.119.

PACELLI. Eugênio, *Curso de Processo Penal*, 17ª edição, editora atlas, 2013, p.343.

PRADO, Leandro Cadenas. *Provas ilícitas. Teoria da interpretação dos Tribunais Superiores*, Ed. Impetus, 2009.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio do Nemo Tenetur se Detegere e suas decorrências no processo penal*. Editora Saraiva, 2ª ed, 2012.

_____. *O princípio do Nemo Tenetur se Detegere e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?* Boletim IBCCRIM, ano 21. nº 250, setembro/2013 –ISSN 1676-3661

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2000, p.191.

THEODORO, JR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 22ªed, vol I, Rio de Janeiro: Forense, 1997, P.423

Decisões judiciais:Suprema Corte, Estados Unidos da América:

USA, Supreme Court, Maryland v. King disponível em
http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-207_d18e.pdf.

Brasil:Supremo Tribunal Federal:

HC 70814

RCL 2040

RE 251445

RHC 90370

RHC 64.354

Superior Tribunal de Justiça:**Noticiários:**

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1302200310.htm>

<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR55605-6014,00.html>

<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI86722-EI306,00-DNA+prova+que+irma+de+Pedrinho+e+bebe+sequestrado.html>